الموسوعة الفقهية المقارنة

التجريد

للإمام أبي الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري

(٣٦٢ - ٤٢٨ هـ)

دراسة وتحقيق

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

أ. د محمد أحمد سراج

أستاذ ورئيس قسم الشريعة بكلية الحقوق جامعة الإسكندرية

أ. د علي جمعة محمد

أستاذ أصول الفقه بكلية الدراسات الإسلامية والعربية

بالقاهرة جامعة الأزهر

المجلد السابع

دار السلام

للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة

تنويه

قارئنا الكريم حدث خطأ غير مقصود في اسم الكتاب عند بداية الكتب الفقهية حيث جاء اسم الكتاب : موسوعة القواعد الفقهية المقارنة المسماة التجريد : وصوابه [الموسوعة الفقهية المقارنة : التجريد] فللتكرم تصويب نسختك ومن جهتنا سنقوم بتصحيح الخطأ في الطبعة القادمة إن شاء الله

الطبعة الأولى

١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤ م

دار السلام
للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة
ش.م.م

تأسست الدار عام ١٩٧٣م وحصلت على جائزة أفضل ناشر للتراث لثلاثة أعوام متتالية ١٩٩٩م ، ٢٠٠٠م ، ٢٠٠١م هي عشر الجائزة تتويجًا لعقد ثالث مضى في صناعة النشر

جمهورية مصر العربية - القاهرة - الإسكندرية
الإدارة : القاهرة : ١٩ شارع عمر لطفي موازٍ لشارع عباس العقاد خلف مكتب مصر للطيران عند الحديقة الدولية وأمام مسجد الشهيد عمرو الشربيني - مدينة نصر
هاتف : ٢٧٠٤٢٨٠ - ٢٧٤١٥٧٨ (٢٠٢ +) فاكس : ٢٧٤١٧٥٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الأزهر : ١٢٠ شارع الأزهر الرئيسي - هاتف : ٥٩٣٢٨٢٠ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع مدينة نصر : ١ شارع الحسن بن علي متفرع من شارع علي أمين امتداد شارع مصطفى النحاس - مدينة نصر - هاتف : ٤٠٥٤٦٤٢ (٢٠٢ +)
المكتبة : فرع الإسكندرية : ١٢٧ شارع الإسكندر الأكبر - الشاطبي بجوار جمعية الشبان المسلمين
هاتف : ٥٩٣٢٢٠٥ فاكس : ٥٩٣٢٢٠٤ (٢٠٣ +)
بريديًا : القاهرة : ص.ب ١٦١ الغورية - الرمز البريدي ١١٦٣٩
البريد الإلكتروني : info@dar-alsalam.com
موقعنا على الإنترنت : www.dar-alsalam.com

مَوْسُوعَة
القَوَاعِد الفِقْهِيَّة المُقَارَنَة
المُسَمَّاة
التَّجْرِيد

كتاب الإقرار

(بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ) (١)

كتاب الإقرار (٢)

---

(١) بين المكوفتين ساقط من (ص) .

(٢) التمهيد في بيان معنى الإقرار لغة واصطلاحًا والأدلة على مشروعية الإقرار من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول : الإقرار لغة : أ - الإقرار إفعال من أقر يقر إقرارًا بمعنى وضع الشيء في قراره ، أو أثبت ما كان متزلزلًا أو مترددًا بين الثبوت والجحود ويطلق على معان منها : الاعتراف : ومنه قوله تعالى : ﴿ وَءَاخَرُونَ ٱعْتَرَفُوا۟ بِذُنُوبِهِمْ ﴾ الآية (١٠٢) من سورة التوبة . أي أقروا ، ويقال : مازلت به حتى أقر أي اعترف . الإذعان : ومنه قوله تعالى : ﴿ قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِى ۖ قَالُوٓا۟ أَقْرَرْنَا ۚ قَالَ فَٱشْهَدُوا۟ وَأَنَا۠ مَعَكُم مِّنَ ٱلشَّٰهِدِينَ ﴾ من الآية (٨١) من سورة آل عمران . ويقال : ما زال معاندًا حتى ظهر له الحق فأقر به أي أذعن له . الوضع : يقال أقر الشيء في مقره أي وضعه في موضعه ، وهذا في المحسوسات . الموافقة : تقول : أقرك على هذا الأمر أي أوافقك عليه ، ومنه قول المحدثين : « كان الصحابة يفعلون كذا فيقرهم عليه رسول الله ﷺ » أي يوافقهم عليه . الثبات والاستقرار يقال : « قر القوم على رأيهم » أي ثبت واستقر ، وقرت النفس أي ثبتت بعد تردد ، انظر ذلك في لسان العرب ج٥/٣٥٨٠ ، المصباح المنير ٦٨١/٢ ، ٦٨٢ ، أساس البلاغة للزمخشري ص٧٥٦ . ب - الإقرار في اصطلاح الفقهاء : عرف الفقهاء الإقرار بتعريفات مختلفة ومن هذه التعريفات ما عرفه به بعض الحنفية بأنه : « إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه » .

الإقرار وعند المالكية : « خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه » .

وأما الشافعية فقد عرفوا الإقرار بأنه : إخبار عن حق ثابت على المخبر .

وأما الحنابلة قد عرفوا الإقرار بأنه : « إظهار المكلف الرشيد المختار ما عليه لفظًا أو كتابة في الأقيس أو إشارة أو على موكله أو موليه أو مورثه بما يمكن صدقه فيه » .

التعريف المختار : من هذه التعريفات الأربعة هو تعريف بعض الحنفية ، لأنه تعريف جامع ومانع ولأنه عرف الإقرار بحقيقته ، أما المالكية فعرفوه بلازمه ، أي ما يلزم الإقرار من وجوب الحكم على المقر ، والتعريف بالحقيقة يقدم على التعريف باللازم . وتعريف الشافعية فيه عموم لعدم ذكر كلمة « للغير » .

وتعريف الحنابلة فيه عموم لدخول غيره فيه ، واقتصاره على المعنى اللغوي وخروجه عن حقيقة الإقرار إلى مسائله . كما يلاحظ أن تعريف بعض الحنفية أخرج الرواية بلفظ « الغير » ، وأما تعريف المالكية فقد أخرجها بلفظ « فقط » ويزيد تعريف المالكية عبارة : « بلفظه أو لفظ نائبه » ليشمل إقرار المقر وإقرار نائبه . ولكن تعريف الشافعية خال من قيد يخرج الرواية التي اشتمل عليها التعريف ، بينما هذا اللفظ خرج من التعريف بلفظ للغير » عند الحنفية . وبلفظ « فقط » عند المالكية ، إلا أن تعريف الحنفية أشمل . أما تعريف الحنابلة فإنه اشتمل على من يصح إقراره وبما ينعقد حيث ينعقد باللفظ والكتابة والإشارة ، وهذه الأمور كلها خارج عن ماهية الإقرار وحقيقته . انظر نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار على الهداية شرح بداية المبتدي ٣١٨/٨ ط دار الفكر ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٢/٥ ط دار المعارف ، بيروت ، شرح الخرشي على مختصر خليل (٨٦/٦ ، ٨٧) دار صادر بيروت ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل ج ٥، ص٢١٦ ، ط =

دار الفكر بالقاهرة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد عرفة الدسوقي (٣٩٧/٣) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب على متن المنهاج لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (٢٣٨/٢) ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي (٦٤/٥) ط دار الفكر القاهرة ، كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتي (٤٥٢/٦ ، ٤٥٣) ط دار الفكر ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي (١٢٥/١٢) ط السنة المحمدية بالقاهرة .

ج - أدلة مشروعية الإقرار : قامت الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول على مشروعية الإقرار ، أما الكتاب ، فآيات كثيرة : منها قوله تعالى : ﴿ وَإِذْ أَخَذَ اللَّهُ مِيثَاقَ النَّبِيِّينَ لَمَا آتَيْتُكُم مِّن كِتَابٍ وَحِكْمَةٍ ثُمَّ جَاءَكُمْ رَسُولٌ مُّصَدِّقٌ لِّمَا مَعَكُمْ لَتُؤْمِنُنَّ بِهِ وَلَتَنصُرُنَّهُ قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُم مِّنَ الشَّاهِدِينَ ﴾ الآية رقم (٨١) من سورة آل عمران . وجه الدلالة من الآية الكريمة ، أنه تعالى طلب منهم الإقرار ولو لم يكن الإقرار حجة لما طلبه . انظر نتائج الأفكار (٣١٩/٨) . وقوله تعالى : ﴿ كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ ﴾ من الآية رقم (١٣٥) من سورة النساء . وجه الدلالة : الشهادة على الإقرار ، ولولا أن الإقرار حجة لما أمر به ولكنه قد أمر به فدل على أنه حجة . انظر المبسوط لشمس الدين السرخسي (١٨٥/١٧) ط دار الكتب العلمية ، نتائج الأفكار (٣١٩/٨) .

وأما السنة المطهرة فأحاديث كثيرة منها :

١ - عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما قالا : « إن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله ﷺ فقال يا رسول الله : أنشدك إلا قضيت لي بكتاب الله ، فقال الخصم : وهو أفقه منه ، نعم ، فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لي ، فقال رسول الله ﷺ : قل ، قال : إن ابني كان عسيفًا أي (أجيرًا) عند هذا ، فزنى بامرأته ، وإني أخبرت أن على ابني الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة وخادم ثم سألت رجلاً من أهل العلم فأخبروني أن على ابني جلدَ مائة ، وتغريبَ عام ، وأن على امرأته الرجم ، فقال رسول الله ﷺ : والذي نفسي بيده ، لأقضين بينكما بكتاب الله ، المائة شاه والخادم ردٌّ عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها فاعترفت فقضى عليها ، فأمر رسول الله ﷺ فرجمت » هذا الحديث متفق على صحته رواه الإمام البخاري في صحيحه ، كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة ، باب الاعتراف بالزنا (٢٠٧/٨ ، ٢٠٨) واللفظ له والإمام مسلم في صحيحه (١٢٠/٥) والإمام أحمد في مسنده (١١٥/٤) ونيل الأوطار شرح منتقى الأخبار للشوكاني ٢٤٩/٧ ، ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر . وجه الدلالة أنه ﷺ علق الرجم الذي هو أمر خطير على الاعتراف ؛ فلو لم يكن الاعتراف حجة لم يعلق الرجم عليه فثبت أن الإقرار حجة . انظر حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب ١٣٧/٢ ، نتائج الأفكار ٣١٩/٨ . وكذلك رجم رسول الله ﷺ ماعزًا والغامدية لإقرارهما بالزنا . انظر صحيح مسلم بشرح النووي (١٩٦/١١ ، ٢٠١) مسند الإمام أحمد (٢٣/٥) فلو لم يكن الإقرار حجة لم يقم عليهما الحد فدل ذلك على أنه حجة فإذا كانت الحدود تدرئ بالشبهات فيكون حجة فيها وحجيته في غيرها يكون من باب أولى . أما الإجماع فقد أجمع المسلمون على كون الإقرار حجة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير إنكار فدل ذلك على أنه حجة . انظر نتائج الأفكار (٣١٩/٨) بداية المجتهد

مسألة ٧٧٥

إقرار الصبي المأذون

١٥٥٣٣ - قال أصحابنا : [إقرار الصبي [١] المأذون [٢] لازم [٣] .

١٥٥٣٤ - وقال الشافعي] [٤] : لا يصح إقراره [٥] .

= ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد (٤٧١/٢) ط دار المعرفة ، مغني المحتاج (ج٢٣٢/٢) . أما المعقول فلأن الخبر كان مترددًا بين الصدق والكذب في الأصل ، لكن ظهر رجحان الصدق على الكذب لوجود الداعي إلى الصدق لأن عقله ودينه يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب ، والنفس أمارة بالسوء ربما تحمله على الكذب في حق غيره أما في حق نفسه فلا . فصار عقله ودينه وطبعه دواعي إلى الصدق وزواجر عن الكذب ، فكان الصدق ظاهرًا فيما أقر به على نفسه فوجب قبوله والعمل به . انظر تبيين الحقائق (٣/٥) المبسوط (١٨٤/١٧) ولأن أكثر الحقوق لا يوصل إليها إلا بالإقرار ، فكانت الضرورة داعية إلى الأخذ به ، والحاجة ماسة إلى العمل به ، ولأنه لما لزم الحكم بالشهادة مع احتمالها كان الحكم بالإقرار مع قلة احتماله أولى .. وبذلك ثبت أن الإقرار حجة ولا خلاف في ذلك . ولا يحتاج فيه إلى القضاء فينفذ عليه وحده ، إلا أن يرده المقَرُّ له فيرتد برده . انظر تبيين الحقائق (٣/٥) الحاوي الكبير للماوردي ، تحقيق وتعليق الشيخ علي معوض والشيخ عادل عبد الموجود (٤/٧) ط دار الكتب العلمية ، المغني مع الشرح الكبير (٢١٧/٥) .

(١) الصبي في اللغة : هو الغلام الصغير والجمع صبية وصبيان وصبوة . انظر لسان العرب (٢٣٩٧/٤ ، ٢٣٩٨) المصباح المنير للفيومي (٤٥٤/١) الطبعة السابعة بالمطبعة الأميرية بالقاهرة ، مادة صبي .

(٢) الإذن لغة : أذن بشيء إذنًا وأذنًا وإذانة أي علم ، وفي الاصطلاح : فك الحجر الثابت شرعًا وإسقاط الحق مطلقًا ، الإذن يثبت صراحة ودلالة ، فالصراحة : إذا قال لغلامه : أذنت لك بالتجارة ، وأما الدلالة : بأن يرى غلامه يبيع ويشتري فسكت ولم يمنعه منه ، فسكوته إذن له في التجارة . انظر لسان العرب (٥١/١) المصباح المنير (١٣/١) مادة أذن . ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٤٤٥/٢) اللباب شرح الكتاب (٢٢٣/٢) .

(٣) انظر بدائع الصنائع للكاساني (٢٢٢/٧) نتائج الأفكار (٣٢٣/٨) حاشية ابن عابدين (٤٤٨/٤) الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني (١٨٠/٢) . (٤) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) انظر كتاب الأم للشافعي (٢٣٩/٣) مغني المحتاج (٢٣٧/٢) الحاوي الكبير (٣/٧) المهذب للشيرازي (٤٣٨/٢) التكملة الثانية للمجموع شرح المهذب (٢٩٠/٢٠) . اختلف الفقهاء في إقرار الصبي وتصرفاته على مذهبين : فذهب الحنفية والمالكية ، والحنابلة في قول ، إلى أن تصرفات الصبي مقسمة إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : التصرفات النافعة المحضة ، فإنها جائزة منه كإسلامه وقبول الهداية والصدقة ونحو ذلك ، ومقتضى ذلك صحة إقراره بها ما دام يملكها ، ولو بدون إذن .

القسم الثاني : التصرفات الضارة المحضة ، فإنها لا تصح منه كالطلاق والعتاق والصدقة والقرض والوصية ونحوها ، ومقتضى ذلك عدم صحة الإقرار بها بسبب عدم ملكية الصبي لهذه التصرفات فلا يتصور إقراره بما لا يقدر على الإنشاء . =

١٥٥٣٥ - لنا [١] أنه هذا مبني على جواز الإذن له في التجارات [٢] ، وعلى صحة توكيله [٣] وقد دللنا على الأصلين [٤] .

١٥٥٣٦ - ومن صح تصرفه جائز إقراره كالبالغ [٥] ، ....

= القسم الثالث : التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، كالبيع والشراء والإجارة والرهن ونحوها فيصح تصرفه إذا كان مأذونًا له في التصرف ومن ثم يصح إقراره . وفي قول عند الحنابلة : إنه لا يصح إقرار الصبي المأذون إلا بالشيء اليسير ، وهو اختيار أبي بكر وابن أبي موسى ، كما جاء في المغني مع الشرح الكبير . وذهب الشافعية إلى أن تصرفات الصبي غير جائزة مطلقًا ، إلا في الوصية في قول فتصح وصية الصبي إن كان مميزًا كما نص عليه في الإملاء ، ورجحه جمع من الأصحاب ، وهذا القول يوافق الجمهور في اعتبار قول الصبي المأذون المميز وهذا القول لم يذكره الإمام القدوري في تجريده انظر اللباب شرح الكتاب ١٧٨/٤ ، مجمع الأنهر (٤٥٤/٢) تبيين الحقائق (٣/٥) بدائع الصنائع (١٧١/٧) الفتاوى الهندية (١١٠/٥) حاشية الدسوقي (٣٩٧/٣) بداية المجتهد (٢٣٩/٢) الحاوي الكبير (٣/٧) الأم (٢٣٩/٣) مغني المحتاج (٤٢٤/٢ ، ٣٩/٣) كتاب الوجيز للغزالي (١٩٤/١) دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ، المغني مع الشرح الكبير (٢٢٧/٥ ، ٢١٦) كشاف القناع (٤٥٧/٣) الإنصاف (١٢٨/١٢) .

(١) أي دليل الحنفية .

(٢) قال الله تعالى : ﴿ وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ الآية (٦) من سورة النساء . وجه الدلالة إن ابتلاء اليتيم هو إظهار عقله بدفع شيء من أمواله إليه ، لينظر الولي أنه هل يقدر على حفظ أمواله عند النوائب ولا يظهر ذلك إلا بالتجارة فكان الأمر بالابتلاء إذنًا بالتجارة ، من هنا يرتفع الحجر عن الصبي بأمرين :

١ - إذن الولي إياه بالتجارة ، ٢ - البلوغ . انظر بدائع الصنائع (١٩٣/٧) الاختيار لتعليل المختار (١١١/٢ ، ١١٢) .

(٣) الوَكالة لغة : بكسر الواو وفتحها التفويض والتسليم ، من وكلت الأمر إليه أي فوضته إليه ، والتوكيل : إظهار العجز والاعتماد على الغير ، والوكيل هو القائم بما فوض إليه والجمع وكلاء . واصطلاحا إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم . انظر لسان العرب (٤٩٩/٦) المصباح المنير (٩٢٤/٢) كتاب التعريفات للجرجاني ص٢٢٧ ، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية للنسفي ص٢٨٤ ، ط دار النفائس ، البناية شرح الهداية (٢٦١/٧) ط دار الفكر ، تحفة الفقهاء للسمرقندي (٣٨٠/٣) تحقيق وتعليق الدكتور محمد زكي عبد البر ، الطبعة الأولى مطبعة جامعة دمشق .

(٤) الأصل الأول هو صحة التوكيل ، والأصل الثاني هو الإذن له في التجارة ، فإذا كان الصبي مأذونًا له في التجارة يصح منه التوكيل بها لأنه يملكها بنفسه فإن البلوغ ليس بشرط لصحة التوكيل ، فتصح وكالة الصبي العاقل المأذون ، لما روي عن رسول الله ﷺ لما خطب أم سلمة رضي الله عنها قالت : إن أوليائي غُيَّبٌ يا رسول الله فقال ﷺ : « ليس فيهم من يكرهني » ثم قال لعمر بن سلمة : « قم فزوج أمك مني » فزوجها من رسول الله ﷺ . أخرجه النسائي في سننه في باب إنكاح الابن أمه عن ابن عمر عن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة (٨١/٦ ، ٨٢) والزيلعي في نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية (٩٢/٤ ، ٩٣) .

(٥) البلوغ لغة : الوصول والانتهاء من بلغ الشيء يبلغ بلوغا وبلاغًا إذا وصل وانتهى ، وبمعنى شارف عليه ، =

ولأنه عاقل [١] مميز فجاز أن يصح إقراره كالبالغ [٢] ؛ ولأنه يؤمر بالصلاة فجاز أن يصح إقراره . أصله [٣] : إذا بلغ خمس عشرة [٤] سنة .

١٥٥٣٧ - ولأنه معنى يصح في حق من بلغ خمس عشرة سنة ، ولم يحتلم [٥]

= ومنها قوله تعالى : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ ﴾ من الآية (٢) من سورة الطلاق . أي إذا شارفن انقضاء العدة ، وبلغ بمعنى أدرك يقال : بلغت الثمار أي إذا نضجت ، وبلغ الشجر وبلغ الصبي بلوغًا وهو بالغ إذا احتلم وأدرك .
انظر لسان العرب (٣٤٥/١) المصباح المنير (٨٤/١ ، ٨٥) الصحاح (١٣١٦/٤) مادة بلغ . وفي الاصطلاح عند الحنفية انتهاء حد الصغر كما جاء في حاشية ابن عابدين ١٥٣/٦ ط مصطفى البابي الحلبي .
وعرفه المالكية بأنه قوة تحدث لشخص تنقله من حالة الطفولة إلى غيرها . انظر شرح الخرشي (٢٩١/٥) ، أسهل المدارك ٥/٣ ، ط عيسى البابي وشركاه . ولما كان البلوغ عبارة عن قوة تحدث لشخص فتنقله من حالة الطفولة إلى غيرها ، وتلك القوة لا يكاد يعرفها أحد ، فجعل الشارع الحكيم لها علامات يستدل بها على حصولها .
وهذه العلامات منها يشترك فيها الرجال والنساء وهي الاحتلام والإنبات والسن ، وشيئان تختص بها النساء دون الرجال وهما الحيض والحمل .

(١) العقل لغة : عقل يعقل عقلاً ومعقولاً فهو عاقل ، والعقل الحجر والنهي ضد الحمق والجمع عقول ، والعقل المنع أيضًا لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب الفواحش ، ومحله القلب . وهو نور روحاني به تدرك النفس العلوم الضرورية ، والنظرية وابتداء وجوده عند اجتنان الولد ، ثم لا يزال ينمو إلى أن يكمل عند البلوغ .
وقيل العاقل : من يستقيم كلامه وأفعاله إلا نادرًا ، والمجنون ضده ، والصبي المميز هو الصبي العاقل الذي يميز بين النفع والضرر ، وكل عاقل أُخبِرَ بما يحتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينًا للظن به وهو الأصل . انظر لسان العرب (٣٠٤٦/٤) مختار الصحاح ص٤٢٦ ، قاموس المحيط (١٨/٢) فصل العين ، باب اللام ، مجموعة سبعة كتب مفيدة ص٢٤ ، بدائع الصنائع (٢٥٢/٦) فتح القدير (٤٨٧/٣)

(٢) انظر الهداية (٤/٤) البناية شرح الهداية (٥٣٨/٨) بدائع الصنائع (١٩٣/٧) نتائج الأفكار (٣٢٤/٨) .

(٣) أصله : أي دليله ، الأصل في اللغة ما يبني عليه غيره ، سواء أكان هذا الانبناء حسيًا كانبناء الجدار على أساسه أو عقليًا كانبناء الحكم على دليله ، وجمعه أصول ، وفي الاصطلاح يطلق على الراجح والمستصحب والقاعدة الكلية والدليل وهذا هو المراد هنا .
والدليل لغة : المرشد والكاشف وما يستدل به وجمعه أدلة ، على وزن فعيل بمعنى فاعل كعليم وسميع بمعنى عالم وسامع ، وفي الاصطلاح : هو الذي يمكن أن يتوصل لصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري قطعيًا كان أو ظنيًا . انظر المصباح المنير (٢٧٠/١) لسان العرب (٨٩/١ ، ١٤١٤/٢) إرشاد الفحول (٤٦/١) شرح الكوكب المنير (٥١/١) ط مكة ، شرح البدخشي على منهاج الأصول (١٣/١) .

(٤) في نسخة (ص) خمس عشرة سنة والصواب ما أثبته كما في نسختي (م) ، (ع) .

(٥) اختلف الفقهاء في السن الذي تعتبر بلوغًا في الصبي سواء أكان ذكرًا أو أنثى إذا ما تأخرت فيه ظهور علامات البلوغ كالإنزال والإنبات والحيض والحمل فقد ذهب الصاحبان من الحنفية ورواية عن الإمام أبي حنيفة وابن وهب من المالكية والشافعية والحنابلة أن الصبي إذا أتم خمس عشرة سنة عُدَّ بالغًا ، مستدلين =

فجاز في من لم يبلغها على تلك الصفة أصله : وجوب صدقة الفطر ، ولأنه أحد نوعى الحجر [١] فجاز أن يكون منه ما يرتفع بالإذن من التجارة أصله / النوع الآخر [٢] . ١٧٨/ب

١٥٥٣٨ - ولا يلزم المجنون [٣] ، لأنه دخل في الفرع ؛ ولأن إذن المجنون الذي يحسن الشراء يجوز [٤] .

= بحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال : « عُرِضْتُ على رسول الله ﷺ يوم أحد في القتال وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني ، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني » قال نافع : فقدمت على عمر بن عبد العزيز وهو يومئذ خليفة فحدثته هذا الحديث فقال : « إن هذا الحدُّ بين الصغير والكبير فكتب إلى عماله أن يفرضوا لمن كان ابن خمس عشرة سنة ، ومن كان دون ذلك فاجعلوه في العيال » . رواه البخاري في صحيحه في كتاب الشهادات ، انظر صحيح البخاري مع فتح الباري لابن حجر العسقلاني (٢٧٦/٥ ، ٢٧٧) مسلم في صحيحه واللفظ له في كتاب الإمارة (٣٠/٦) الترمذي في جامعه الصحيح في كتاب الجهاد وقال عنه : حديث حسن صحيح غريب من حديث سفيان الثوري (١٢٧/٣) وروى أبو داود في سننه في كتاب الحدود (١٤١/٢) : السنُّ المعتبرة في البلوغ هي خمس عشرة سنة وتحديد عمر بن عبد العزيز استحقاق العطاء المفروض لمن بلغ سن خمسة عشر عامًا يعتبر دليلاً على ثبوت البلوغ في هذا السن وهذه علامة من علامات البلوغ المعتبرة . وذهب الإمام أبو حنيفة في قول والمشهور من مذهب مالك أنه إذا أتم سن ثمانية عشر عامًا اعتبر بالغًا ، وإن كانت أنثى فإذا أتمت سبع عشرة سنة اعتبرت بالغة ، وبذلك ذهب المالكية إلى عدم التفريق بين الذكر والأنثى في السن فكلاهما في البلوغ سواء . والراجح هو المذهب الأول ، وهو قول الجمهور استنادًا إلى ما جرى من أحوال الناس وغالب أمرهم . انظر ذلك تبيين الحقائق (٢٣٠/٥) نتائج الأفكار (٢٧٠/٩) شرح الخرشي (٢٩١/٥) أسهل المدارك (٥/٣) الحاوي الكبير (٤٤٢/٦ - ٤٦٦) روضة الطالبين (١٧٨/٤) المغني مع الشرح الكبير (٥١٤/٤ ، ٥١٥) .

(١) الحجر لغة : المنع ، حجر عليه حجرًا من باب قتل أي منعه من التصرف ، وهو محجور عليه ويطلق على الحرام لأنه مُنِعَ عنه ، والحِجْر بالكسر العقل لأنه مانع عن الغباء ، والحِجْر حطيم الكعبة في مكة ، لأنه منع من الإدخال في قواعد البيت ، وحجْرُ السفيه منعه عن التصرفات . انظر لسان العرب (٧٨٢/٢) المصباح المنير (١٦٧/١) القاموس المحيط (٤/٢) طلبة الطلبة ص٢٢٤ . وفي الاصطلاح : عبارة عن منع النفاذ في التصرفات القولية وسببه الرق والصغر والجنون ، وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الأقوال دون الأفعال فلا تنفذ العقود بها . انظر البناية شرح الهداية (٢١٤/٨) تبيين الحقائق (١٩٠/٥) اللباب (٦٦/٢) .

(٢) النوع الآخر هو السفه ، فإذا زال الحجر في السفه بالإذن صح إقراره ، فمن باب أولى أن يصح في الصبي المميز .

(٣) الجنون لغة : هو نقصان في العقل ، وبمعنى الستر وهو من جن الشيء يَجُنُّه أي يستره ، وكل شيء ستر عنك فقد جُنَّ عنك وسمي به الجن لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار وسمي كذلك الجنين لاستتاره في بطن أمه ، وهو بمعنى زوال العقل أو فساده . وفي الاصطلاح : اختلال في العقل بحيث يمنع جريان الأفعال والأقوال على نهج العقل إلا نادرًا . أنظر لسان العرب (٣٠٧/١) الصحاح للجوهري (٣٠٩٣/٥) التعريفات ص٩٢ .

(٤) المراد هنا جنون غير ممتد ، ثم في الدليل نظر : لأن المجنون إذا كان جنونه ممتدًا لا تجوز تصرفاته ، وإن كان غير ممتد ففي وقت جنونه لا تصح تصرفاته ، وفي وقت إفاقته لا يعتبر مجنونًا ، لأن المجنون لا يحسن =

١٥٥٣٩ - لأن الحجر تارة يكون مع عدم وجود التكليف [١] وتارة مع وجوده فلما كان الإذن يؤثر في إزالة أثر أحد الحجرين [٢] جاز أن يؤثر في الآخر [٣] .

١٥٥٤٠ - احتجوا [٤] بقوله ﷺ : رفع القلم عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم » [٥] .

١٥٥٤١ - الجواب : أن هذا يقتضي رفع التكليف الشرعي ؛ وجواز الإقرار غير معلوم بالشرع [٦]

= الشراء البتة ، قوله ﷺ : « رفع القلم عن ثلاث » منهم المجنون حتى يفيق ، فلا اجتهاد مع النص والجنون يؤثر في الأهلية فيعدمها لأنها تثبت بالعقل والتمييز ، والمجنون فاسد العقل عديم التمييز ، ولهذا كان حكمه حكم الصغير غير المميز في تصرفاته وأفعاله . انظر الهداية (٢٨٠/٣) الاختيار (١٢٤/٢) .

(١) عدم التكليف بأن يكون صبيًا فيحجر عليه ، والتكليف في اللغة هو الأمر بما يشق عليك وعند الأصوليين: إلزام ما فيه كلفة ، أو طلب ما فيه كلفة ، وتارة مع وجود التكليف بأن يكون بالغًا ولكن السفيه يحجر عليه والإذن يزيل هذا الحجر ويدل على أهليته . انظر لسان العرب (٣٩١٧/٦) مختار الصحاح ص٦٠٢ ، القاموس المحيط (١٩٢/٣) البرهان لإمام الحرمين الجويني تحقيق دكتور عبد العظيم الديب (١٠١/١) ط دار الأنصار القاهرة .

(٢) في نسخة (ص) : [الحجر] والصواب ما أثبته كما في (ع) ، (م) .

(٣) هكذا في جميع النسخ . صحة العبارة « فلما كان الإذن يؤثر في إزالة أثر أحد الحجرين جاز أن يؤثر في الآخر ، ومعناه أن الإذن يؤثر في إزالة الحجر الواقع على البالغ السفيه ، فيجوز أن يؤثر في إزالة الحجر على الصبي المميز غير البالغ ، بجامع نقصان العقل فيهما .

(٤) يقصد بذلك استدلال الشافعية على مدعاهم

(٥) روى هذا الحديث الإمام البخاري في صحيحه موقوفًا على الإمام على في كتاب الطلاق ، كتاب الحدود بلفظ عن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يدرك (٢٠٤/٨ ، ٢٠٥ ، ٥٩/٧) ورواه أحمد عن علي أيضًا في مسنده (١٠٠/٦ ، ١٠١) ، وفي رواية أخرى عن الصغير حتى يكبر ، وكما رواه الدارمي في سننه مرفوعًا عنها في كتاب الحدود (٩٣/٢) وروى أبو داود في سننه مرفوعًا عنها ، وعن علي في كتاب الحدود (١٤١/٢) ورواه ابن ماجه مرفوعًا عنها وعن علي في كتاب الطلاق (٦٥٨/١ ، ٦٥٩) والترمذي في سننه (٣٢/٤) وقال حديث حسن غريب من هذا الوجه .

(٦) الشرع لغة البيان والإظهار ومثله الشريعة . وهو مورد الناس للاستقاء ، سميت بذلك لوضوحها ، وجمعها شرائع . واصطلاحًا : ما سن الله تعالى من الدين . انظر المصباح المنير (٤٢١/١) تهذيب الأسماء واللغات للنووي (١٦١/٣) التعريفات للجرجاني ص١٣٩ ، لسان العرب (٢٢٣/٤ ، ٩٣٢٢) . والمراد به جواز إقرار المأذون غير معلوم بالشرع ، والإجماع على أن حكم الآخرة وهو المؤاخذة مراد ، فلا يراد الآخر معه وإلا عمم ، فسبب الخلاف بين الجمهور والشافعية هو أن الشافعية يرون أن الحديث عام يشمل الدنيا والآخرة ولكن الجمهور يرون أنه يتعلق بالآخرة من المؤاخذة والإثم المرفوع عنه ، لورود الحديث الشريف . أما حكم الدنيا فباق عليه كأرش الجناية ، وضمان إتلافه والدية في القتل وغير ذلك من الأحكام . انظر فتح القدير لابن الهمام الحنفي (٤٨٧/٣ - ٤٨٩) الهداية (٢٨٠/٣) المغني مع الشرح الكبير (٢٧٢/٥) .

١٥٥٤٢ - قالوا : غير مكلف فلم يصح إقراره كالمجنون [١] .

١٥٥٤٣ - قلنا : المجنون إذا كان يعقل التصرف فأذن له جاز إقراره ، فلا فرق بينه وبين الصبي [٢] .

١٥٥٤٤ - قالوا : [إقرار [٣] من غير مكلف فصار ، كمن لم يؤذن له] [٤] .

١٥٥٤٥ - قلنا : إذا لم يؤذن له لم يملك التصرف فلم يجز إقراره ، وإذا أُذِن له ملك التصرف فجاز إقراره ، (بما يدل على) الفرق بينهما [٥] .

١٥٥٤٦ - [فإن قيل] [٦] : العبد المحجور لا يلزم إقراره في الحال .

١٥٥٤٧ - قلنا [٧] : فإن كان مأذونًا لزم للمعنى [٨] الذي ذكرنا .

١٥٥٤٨ - قالوا : لو أقر الأب عليه لم ينفذ ، وهو يستفيد التصرف بإذنه ، فكيف يملك منه ما لا يملكه ؟ [٩] .

١٥٥٤٩ - قلنا : « إذن الأب لا يملك الإقرار به ، وإنما يرتفع الحجر فيكون إقراره بنفسه .

١٥٥٥٠ - ويجوز أنه يكون الإذن سببًا [١٠] فيما لا يملكه الإذن وهو الأب »

---

(١) انظر : الحاوي الكبير للماوردي (٤/٧) ، وعبارته : عدم التكليف يمنع من صحة الإقرار كالمجنون .

(٢) في نسخة (ص) : [عنه وعن الصبي] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٤) انظر : المعنى في الحاوي الكبير (٤/٧) .

(٥) ما بين القوسين زائد للسياق .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، والسياق يقتضيه .

(٧) كلمة (قلنا) ساقطة من جميع النسخ ، زيدت ليستقيم المعنى .

(٨) في (ع) ، (م) : [المعنى] .

(٩) قال الشافعي : من لم يجز بيعه لم يجز إقراره ، وتأوله أصحابه بتأويلين : أحدهما : من لم يجز بيعه بحال كالصبي والمجنون لم يجز إقراره في حال من الأحوال . والثاني : أن من لم يجز بيعه في شيء لم يجز إقراره في ذلك الشيء . انظر الحاوي الكبير (٧/٧) .

(١٠) في نسخة (ص) شبه والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (ن) . والسبب في اللغة : الحبل ، وهو كل شيء يتوصل به إلى غيره ، والجمع أسباب ، نقول : جعلت فلانا لي سببًا إلى فلان أي وصلة وذريعة . وفي الاصطلاح : عبارة عما يكون طريقًا للوصول إلى الحكم غير مؤثر فيه . وجاء في البحر المحيط : هو الوصف الظاهر المنضبط الذي أنيط به الحكم الشرعي كجعل دلوك الشمس معرفًا لوجوب الصلاة . والسبب نوعان : النوع الأول : السبب التام : وهو الذي يوجد المسبب لوجوده فقط ، والثاني : السبب غير التام : وهو الذي يتوقف وجوب المسبب عليه لكن لا يوجد المسبب بوجوده وحده . انظر لسان العرب (١٩١٠/٣) المصباح المنير (٣٥٦/١) التعريفات ص١٠٣ ، البحر المحيط للزركشي (٦/٢) .

بدلالة [١] : أن شهادة القابلة سبب يفضي إلى ثبوت النسب [٢] ولو شهدت بالنسب لم يجز [٣] والعبد يملك الطلاق [٤] بإذن المولى في النكاح [٥] والمولى لا يملك الطلاق عليه [٦] .

* * *

(١) الدلالة : من دل يدل دلالة بمعنى الإرشاد ، وجمعها دلائل ودلالات ، والدلالة بفتح الدال على الأفصح مصدر . وفي اصطلاح الأصوليين : هي ما النظر فيها يفضي إلى العلم ، أو : هي ما يلزم من فهم شيء فهم شيء آخر ، وعرفها الجرجاني بأنها كون الشيء بحالة يلزم من العلم به العلم بشيء آخر ، والشيء الأول هو الدال ، والثاني هو المدلول . انظر المعجم الوسيط (٣٠٤/١) لسان العرب (١٤١٤/٢) المعتمد لأبي الحسين البصري (١٠/١) شرح الكوكب المنير (١٢٥/١) التعريفات ص٩٣ .

(٢) النسب في اللغة : القرابة ، يختص بجهة الآباء ، فيقال انتسب إلى أبيه وأجداده ، كما يقال انتسب لنا ، أي اذكر لنا آباءك وأجدادك ، ويقولون رجل نسيب أي ذو حسب ونسب إلى آباء كرام . ويطلق على الطريق المستقيم ، وبمعنى الشدة والقوة ، يقال انتسبت الريح إذا اشتدت ، وقال صاحب معجم مقاييس اللغة ، كلمة النسب ترجع في الأصل إلى معنى واحد وهو اتصال شيء بشيء . انظر لسان العرب (٤٤٠٥/٦ ، ٤٤٠٦) معجم مقياس اللغة لابن فارس (٤٢٣/٥ ، ٤٢٤) طلبة الطلبة ص٢٧٩

(٣) لأن شهادتها حجة لثبوت النسب ، انظر الهداية (٣٦/٢ ، ١١٧/٣) . ثم النسب من جانب الرجال يثبت بالفراش ، ومن جانب النساء يثبت بالولادة ، ولا يثبت بالولادة إلا بالدليل ، وأدنى الدلائل عليها شهادة القابلة ولو شهدت عليه بالنسب ، ولم تحضر الولادة فإنها لا تصح ولا يثبت النسب بها . انظر بدائع الصنائع (٢٥٣/٦) الهداية (٣٥/١ ، ٣٦ ، ١١٧/٣) .

(٤) الطلاق لغة : رفع القيد والتطليق كذلك ، يقال طلق تطليقًا وطلاقًا ، كما يقال سلم تسليمًا وسلامًا ، والطلاق ارتفاع القيد والإطلاق . والإرسال لكن جعل في المرأة طلاقًا وفي غيرها إطلاقًا وهما ضد الحبس . وفي الشرع : رفع القيد الثابت شرعًا بالنكاح . انظر لسان العرب (٢٦٣٩/٤) المصباح المنير (٥١٣/٢) ٥١٥ ، طلبة الطلبة ص١٤٤ ، تبيين الحقائق (١٨٨/٢) فتح القدير (٣٦٤/٣) .

(٥) النكاح لغة : بمعنى الوطء وبمعنى العقد ، وهو التزوج من باب ضرب والمرأة ناكح أي ذات زوج ، واستنكح بمعنى أنكح وتزوج وهي بمعنى الضم ، يقال : تناكحت الأشجار إذا انضم بعضها إلى بعض ، وفي الاصطلاح : عبارة عن عقد مخصوص أحد ركنيه الإيجاب والآخر القبول ، بلفظ مخصوص وهو زوجت وتزوجت وأنكحت . انظر لسان العرب (٤٥٣٦/٦) المصباح المنير (١٢٧/٢) معجم مقاييس اللغة (٧/٥) طلبة الطلبة للنسفي ص١٢٤ .

(٦) أي إذا تزوج العبد امرأة بإذن مولاه وطلقها وقع طلاقه ، ولا يقع طلاق مولاه على امرأته ، لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون مولاه . انظر الهداية (٢٨٠/٣) ، البحر الرائق لابن نجيم (١٧٥/٤) ط المطبعة العلمية ومجمع الأنهر (٧٧/١) .

مقدار ما يصدق فيه من اقر بمال عظيم

١٥٥٥١ - قال في الأصل [(١)] : وإذا أقر بمال عظيم لم يصدق بأقل من مائتي درهم عند أبي يوسف [(٢)] ومحمد [(٣)] وروي عن أبي حنيفة [(٤)] نحوه [(٥)] .

١٥٥٥٢ - وذكر في المنتقى [(٦)] في المال القليل أنه درهم [(٧)] وذكر أيضًا في مال

---

(١) هو كتاب الأصل في الفروع للإمام المجتهد محمد بن الحسن الشيباني ، وهو المبسوط سماه به ، لأنه أول ما صنعه وأملاه على أصحابه ، رواه عنه أبو سليمان الجوزجاني والشيخ أبو حفص الكبير البخاري ، فإن محمدًا جمع فيه طوائف من المسائل التي أفتى فيها الإمام أبو حنيفة ، وفيه خلاف أبي يوسف ومحمد إن كان ثمة خلاف ، وما لم يذكر فيه خلاف فهو متفق عليه بينهم ، وهو يبدأ كل كتاب بما ورد فيه من الآثار التي صحت عندهم ، ثم بعد ذلك يذكر المسائل وأجوبتها ، وقد يذكر خلاف ابن أبي ليلى إن كان له خلاف . فالكتاب على هذه الصورة ، صورة صادقة للفقه العراقي وآثاره ، لكنه خال من التعليل الفقهي في جملته ، شرح هذا الكتاب جماعة من المتأخرين مثل الشيخ خواهر زاده ويسمى المبسوط الكبير وشمس الأئمة الحلواني . هذا الكتاب من كتب ظاهر الرواية في المذهب الحنفي ، وهذا الكتاب مطبوع اعتنى بتصحيح الكتاب والتعليق عليه الأستاذ أبو الوفاء الأفغاني ، يقع في خمسة مجلدات . انظر كشف الظنون لحاجي خليفة (١٠٧/١) الفهرست لابن النديم ص٢٨٧ ، ط دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت .

(٢ ، ٣ ، ٤) سبقت ترجمته .

(٥) يرى الصاحبان والإمام أبو حنيفة في المشهور أنه لو قال لفلان عليّ مال عظيم لا يصدق في أقل من مائتي درهم ، وروي عن أبي حنيفة في رواية أخرى أن عليه عشرة دراهم . والأصح أن قول الإمام مبني على حال المقر في الفقر والغنى ؛ فإن القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغني ليس بعظيم . انظر الهداية (١٨٠/٣) نتائج الأفكار (٣٢٨/٨) بدائع الصنائع (٢٢٠/٧) اللباب في شرح الكتاب (٧٧/٢) المبسوط (٩٨/١٨) ، رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين (٤٥٠/٤) .

(٦) هو كتاب المنتقى في فروع الحنفية للحاكم الشهيد أبي الفضل محمد بن أحمد بن عبد الله المقتول شهيدًا سنة ٣٣٤هـ وفيه نوادر المذهب ، قال : نظرت في ٣٠٠ جزء مثل الأمالي والنوادر ، حتى انتقيت كتاب المنتقى . وقيل هو المبتغي بالباء والغين ولكن الصواب هو المنتقى ، هو في فروع المسائل ونوازل الوقائع وله غيره من المصنفات منها الكافي ، وشرح الجامع وأصول الفقه وغيرها ، الظاهر أن كتاب المنتقى من التراث المفقود حيث لم نعثر عليه بعد الرجوع إلى فهارس المكتبات ، والكتب الخاصة لبيان الكتب المخطوطة أو المطبوعة . انظر كشف الظنون (١٨٥١/٢) الفوائد البهية ص١٨٥ ، ١٨٦ .

(٧) ذكر في شرح الأقطع لمختصر القدوري ناقلا عن المنتقى في المال القليل أنه درهم بظاهر حكم العادة . انظر حاشية الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي (٥/٥) .

لا قليل ولا كثير مائتي درهم (١) وهو إذا قال : « مال عظيم من الدراهم » فأما إذا لم يقل « من الدراهم » صُدِّق في أي جنس ذكر ؛ فإن كان مما يجب فيه الزكاة (٢) لم يصدق في أقل من نصاب (٣) منه ، وإن كان مما لا نصاب له صدق فيما يبلغ قيمة النصاب (٤) .

١٥٥٥٣ - وقال الشافعي : يصدق فيما يصح إذا قال مال ، ولو قال : مال عظيم ، أو حقير ، أو جليل ، فالمرجع في تفسير ذلك إلى قوله . ويقبل في كل واحد من ذلك ما يقبل في الآخر (٥) .

---

(١) نقل في كتاب الأجناس عن نوادر هشام عن محمد أنه لو قال : لفلان عليّ مال لا قليل ولا كثير يلزمه مائتا درهم ؛ لأنه لما قال لا قليل لزمه الكثير ، والمال الكثير في الشرع مائتا درهم . انظر حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٥/٥) اللباب في شرح الكتاب (٧٧/٢) البناية في شرح الهداية للبابرتي (٥٤٣/٧) .

(٢) الزكاة لغة : هي مصدر زكا يزكو زكاة ، وزكاء على زنة فعلة كالصدقة . والزكاة هي الزيادة والنماء يقال زكا الزرع ويزكو أي نما وزاد ، وهي الطهارة والصلاح والمدح أيضًا ، سميت الزكاة زكاة لأنه يزكو بها المال بالبركة ويطهر بها المرء بالمغفرة ، وفي الشرع : القدر الذي فرضه الله تعالى ورسوله في الأموال ليدفع إلى الفقراء والمساكين وغيرهم . وتعريف ابن الهمام للزكاة أنها عبارة عن إيتاء جزء من النصاب الحولي إلى الفقير . انظر لسان العرب (١٨٤٩/٣) ، المصباح المنير (٣٤٦/١) ، المعجم الوسيط (٣٩٨/١) ، طلبة الطلبة ص ٩١، فتح القدير (١١٢/٢) .

(٣) النصاب هو كل مال لا يجب فيما دونه الزكاة ، فنصاب الإبل خمسة فتجب فيها شاة ، ونصاب البقر ثلاثون ففيها تبيع أو تبيعة وفي الغنم أربعون شاة تجب فيها شاة ، ونصاب الذهب عشرون متقالاً فيها نصف مثقال من الذهب ، ونصاب الفضة مائتا درهم فتجب خمسة دراهم وهكذا . انظر طلبة الطلبة ص٩١ ، الهداية (٩٦/١ - ١٠٤) .

(٤) الحاصل أنه إذا ملك جنسين من أجناس الأموال الزكوية فالمعتبر ما يكون نصابًا في ذلك الجنس وفي غير مال الزكاة يقدر قيمة الزكاة راجع حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٥/٥) ، حاشية أبي سعود على شرح الكنز لملا مسكين (١٦٠/٣) ، نتائج الأفكار (٣٢٧/٨ - ٣٢٩) ، الهداية (١٨١/٣) ، مجمع الأنهر على ملتقى الأبحر (٢٩٠/٢) .

(٥) انظر الحاوي الكبير (١٣/٧) ، المهذب للشيرازي (٤٤٣/٢) ، الوجيز للغزالي (١٩٧/١) وحاشية قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين (٨/٣) ، مغني المحتاج (٢٤٨/٢) ، نهاية المحتاج (٨٦/٥) ، روضة الطالبين (٣٧٥/٤) ، أسنى المطالب شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري (٣٠١/٢) . وحكى وجه غريب في المذهب أن يحمل مال عظيم على ما يزيد مطلق المال ، ليكون لوصفه بالعظم فائدة . انظر روضة الطالبين (٣٧٥/٤) والحاصل أن الشافعية لم يفرقوا بين مطلق المال ومال عظيم أو حقير ، وفسروا العظمة ونحوها من حيث إثم غاصبه وكفر مستحله وحملوا صفات الاحتقار أو القلة أو الخسيس على احتقار الناس إياه أو على أنه تافه ، فلو قال : مال عظيم أو خطير أو كثير أو كبير أو جليل أو نفيس أو نحوها ثم فسره بأقل متمول قبل بكل ما يصدق اسم المال عليه . وذهب المالكية في المعتمد أن الشخص إذا أقر لشخص بمال سواء قال « مال عظيم » أم لا فإن المقر يلزمه للمقر له نصاب الزكاة على الأشهر ، وقيل يلزمه نصاب السرقة ، وعلي الأول فيلزمه أقل ما يسمي نصابًا من جنس مال المقر ، فيلزمه عشرون دينارًا إن كان من أهل الذهب ، ومائتا درهم إن كان من أهل الورق وخمس من الإبل إن كان من أهل الإبل ، وثلاثون من =

١٥٥٥٤ - لنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها [١] قالت : « كان لا تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه » [٢] .

١٥٥٥٥ - فهذا يدل على أنه ما لا تقطع فيه تافه والتافه : ضد العظيم [٣] .

١٥٥٥٦ - [و] [٤] لأن كل ما لو فسّر به النصاب لم يصدق ، فإذا فسر به المال العظيم لم يصدق . أصله : (الحمل على) [٥] الكلب الذي لا يساوي نصابا ؛ ولأنه

= البقر إن كان من أهل البقر ، وأربعون من الضأن أو الماعز إن كان من أهل الضأن أو الماعز ، وخمسة أوسق من الحب إن كان من أهل الحرث . وفي المذهب المالكي آراء أخرى غير ذلك في المال العظيم ؛ فقال بعضهم : هو كما لو أقر بمال . وحكى الدسوقي في حاشيته خمسة أقوال عن ابن الحاجب ، هي : ١ - نصاب الزكاة ، ٢ - نصاب السرقة ، ٣ - يلزمه الزيادة على النصاب اللازم له في الفقراء بالمال المطلق الذي لم يقيد بعظيم ، ويرجع في تلك الزيادة لتفسيره . ٤ - تلزمه الدية . ٥ - يؤمر بتفسيره ويلزمه ما فسره . ذكر الدسوقي أن المعتمد في المذهب هو نصاب الزكاة . انظر حاشية الدسوقي (٤٠٥/٣) ، شرح الخرشي على مختصر خليل (٩٤/٦) ، وقال الحنابلة إذا أقر بمال قبل تفسيره بقليل المال وكثيره ، وإن قال مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير جاز تفسيره بالقليل والكثير كما لو قال مال ، هذا هو الراجح في المذهب وعليه الأصحاب ، وقال الشيخ تقي الدين : يرجع إلى عرف المتكلم فيحمل مطلق كلامه على أقل محتملاته واختار ابن عقيل في مال عظيم أو خطير أنها صفة لا يجوز إلغاؤها . انظر المغني مع الشرح الكبير لابن قدامه (٣١٥/٥) ، كشاف القناع (٤٨٢/٦) ، الإنصاف للمرداوي (٢١١/١٢) . وسبب الخلاف أن الحنفية والمالكية يرون أنه لابد من مقدار معين عندهم لصحة الإقرار ؛ فلا يجوز أن يتولى المقر تفسير ما أقر به ، بل هم يقدرونه بناء على العرف والشرع ، وأما الشافعية والحنابلة فيعطون للمقر فرصة البيان للمجمل .

(١) هي السيدة عائشة بنت أبي بكر الصديق أم المؤمنين زوج النبي ﷺ ، أمها أم رومان عامر بن عويمر الكنانية ، ولدت سنة أربع من البعثة وتزوجها الرسول ﷺ قبل الهجرة بسنتين . وقيل بثلاث وهي بكر ، وكان عمرها ست سنين ، وقيل سبعة وبنى بها وهي بنت تسع سنين بالمدينة . وكناها الرسول ﷺ أم عبد الله بابن أختها أسماء بنت أبي بكر عبد الله بن الزبير ، وتوفي رسول الله ﷺ وعندها ثمانية عشر سنة ، وتوفيت سنة ست وخمسون من الهجرة ، وهي من أفقه الصحابة ولها في كتب السنة ٢٢١٠ حديثا . انظر الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر العسقلاني (٣٩٥/٤) ، وبهامشه الاستيعاب في معرفة الأصحاب لابن عبد البر الأندلسي (٣٥٦/٤) ، أسد الغابة في معرفة الصحابة لعز الدين بن الأثير (١٨٨/٦) ، والطبقات الكبرى لابن سعد (٥٨/٨) ، ووفيات الأعيان ابن خلكان (١٦/٣) .

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه . انظر المصنف في الأحاديث والآثار للإمام الحافظ عبد الله بن محمد بن أبي شيبة (٤٧٦ ، ٤٧٧) .

(٣) وجه الدلالة من الحديث أن التافه قطع فيه ، ولا يدل على أن ما ليس بتافه تقطع فيه اليد كالغاصب والجاني .

(٤) بين المعكوفتين وهو حرف الواو ساقط من جميع النسخ ، والسياق يقتضيه عطفًا على الدليل الذي سبقه .

(٥) زيادة اقتضاها السياق .

فسر المال العظيم بقدر لا تجب به الزكاة منفردًا ، فلم يصدق أصله : إذا فسره بالكلب [١] .

١٥٥٥٧ – ولأنه لو قلنا : إنه يُقبل تفسيره في القليل والكثير ، ألغينا الصفة وجعلنا قوله : مال ، وقوله مال عظيم أو كثير سواء ، والصفة لا يجوز إلغاؤها ، أصله : إذا قال دراهم لا يصدق (في درهم [٢]) .

١٥٥٥٨ – ولا يلزم النفيس والخطير والكثير والمعلوم ، لأن هذه المسائل لا رواية فيها . وكان شيوخنا يقولون في النفيس والخطير لا يصدق في أقل من مائتي درهم [٣] .

١٥٥٥٩ – ولا يلزم إذا قال : مال حقير أو قليل أو كثير ، لأن ظاهر الصفة يقتضي أن يقبل قوله إذا بين بأقل من درهم [٤] .

١٥٥٦٠ – ولو قال مالاً مطلقًا لم يصدق في أقل من درهم [٥] وقد جعلنا للوصف تأثيرًا . ولأن قوله مال عظيم صفة يفهم منها زيادة القدر في العادة ، فلا يجوز إلغاؤها بقوله هو مال أو هو نصاب أو عقود أو عشرات .

١٥٥٦١ – واحتجوا : بأن كل ما لو فسر به المالَ قُبِل ، فإذا فسر به المال العظيم قُبِلَ كما لو فسره بألف [٦] .

١٥٥٦٢ – قلنا : هذا يؤدي إلى إلغاء الصفة والتسوية بين ذكرها وفقدها ، والصفة الموضوعة للتكثير لا يجوز أن نلغيها و نجعل وجودها وعدمها سواء .

---

(١) المراد أنه لو أقر بنصاب لم يصدق في أقل منه ، فإذا فسر بكلب لم تصل قيمته إلى النصاب لم يصدق ، فكذلك هنا ، ولكن إذا بلغت قيمة الكلب إلى النصاب يقبل تفسيره . حكي الزيلعي عن الكاكي بأنه يقبل تفسيره بالكلب ، وبه قال مالك والشافعية في وجه وأحمد في رواية ، جاء في نهاية المحتاج : ولو فسره بما لا يتمول لكنه من جنسه كحبة حنطة أو بما يحل اقتناؤه ككلب معلم لحراسة أو صيد قبل تفسيره في الأصح كما قاله الإمام الجويني . انظر تبيين الحقائق (٥/٤) ، نهاية المحتاج (٥/٨٦) ، كشاف القناع (٦/٤٨٠ ، ٤٨١) .

(٢) زيادة اقتضاها السياق .

(٣) ولو قال : مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل كان يقول الشيخ الجرجاني يلزمه مائتان ، والشيخ الجرجاني قد كان شيخ القدوري في الفقه . انظر حاشية شلبي على تبيين الحقائق (٥/٥) .

(٤) انظر المبسوط (١٨/٩٨ ، ٩٩) ، نتائج الأفكار (٨/٣٢٧) ، الهداية (٣/١٨٠) .

(٥) وإذا قال عليّ مال فالمرجع في بيانه إليه ، لأنه مجمل ، ويقبل قوله في بيانه في القليل والكثير ، لأن اسم المال المطلق يطلق عليها فإنه اسم لما يتمول إلا أنه لا يصدق في أقل من درهم لأنه لا يعد مالاً عرفًا . انظر الهداية (٣/١٨٠) ، نتائج الأفكار (٨/٣٢٨) ، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار (١/٣٢٩) .

(٦) انظر هذا المعنى في حاشية البيجرمي (٣/٨١) ، حاشية الشرقاوي (٢/١٤١) ، الحاوي الكبير (٧/١٤) .

١٥٥٦٣ - ولأنه إذا فسر بالألف [1] فقد فسر بما تبلغه الصفة الزائدة ولأنه قد يوصف بالتمول والعظم ، فجاز أن يكون تفسيرًا لها و والدرهم صفة للمتمول وليس يستعظم ، فجاز أن يفسر به المال ولا يفسر به العظم .

١٥٥٦٤ - يبين هذا أنه [لو قال : « رأيت زيدًا جاز أن يفسر بالقصير والطويل] [2] ، فلو قال : « رأيت زيدًا الطويل لم يفد تفسيره بالقصير ، كذلك هذا .

١٥٥٦٥ - قالوا : « لفظ مجمل [3] فوجب أن يرجع في تفسيره إلى المجمِل ، كالكلام من صاحب الشرع [4] .

١٥٥٦٦ - قلنا : نحن نرجع في تفسيره إلى المفسر ، ويقبل إقراره في النصاب وما زاد وإلى ما لا نهاية له ، ولا يرجع إليه في بيان مقدار ما لا يفيده ظاهر كلامه ، كما أنه إذا فسر بما ليس متمولا لم يقبل قوله وإن كان هو المحمل .

١٥٥٦٧ - قالوا قوله مال مبهم ، وقوله عظيم مبهم ، لأنه لا يفيد معلومًا فقد وصف مبهما بمبهم فكان الكل مبهمًا كقوله : « مال معلوم » [5] .

١٥٥٦٨ - قلنا : قوله عظيم وإن كان مبهمًا بمعنى أنه لا يفيد مقدارًا بالوضع فهو غير مبهم في العظم والزيادة .

١٥٥٦٩ - فهو كقولنا : « دراهم جياد في أن الجودة مبهمة لأنها تتنوع وتختلف إلا أنا لا نلغيها ، بل نثبت أدناها ، كذلك هنا نثبت أدنى العظم [6] وإن كان مبهمًا .

١٥٥٧٠ - قالوا : قوله مال [مبهم] [7] وقوله عظيم يحتمل العظمة في المقدار ، ويحتمل العظمة في الحلال والعقاب والثواب » [8] .

---

(١) في نسختي (ع) ، (م) [الألف] المحلى بالألف واللام .

(٢) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) المجمل ما له دلالة على أحد معنيين ، لا مزية لأحدهما على الآخر بالنسبة إليه . قاله الآمدي ، وقال الجرجاني : ما خفي المراد فيه بحيث لا يدرك بنفس اللفظ إلا ببيان من المجمل . انظر الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٠/٣) ، كتاب التعريفات ص٢١٧ .

(٤) في (ع) ، (م) [كالكلام من صاحب الشريعة] . انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٤/٧) ، إرشاد الفحول (١٣/٢) .

(٥) الحاوي الكبير (١٤/٧) .

(٦) أدنى العظم هنا : مقدار نصاب الزكاة أو مقدارأقل المهر أو مقدار حد السرقة .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) وموجود في هامش (ص) .

(٨) انظر الحاوي الكبير (١٤/٧) ، وعبارته : « إن العظيم لا يتقيد في الشرع ولا في اللغة ولا في العرف =

١٥٥٧١ - قلنا : ظاهر الكلام [١] أن العظيم صفة للمال ومتى حمل على ما قالوا صار صفة لغيره ، وهذا ترك لظاهره .

١٥٥٧٢ - ألا ترى أنه لو قال رأيت رجلًا طويلًا لم يجز أن يحمل الطول على طول ثيابه أو رمحه أو طول باعه وامتداده بالعطاء ، لأن ذلك يجعل الطول صفة لغيره كذا هذا .

١٥٥٧٣ - قالوا : قال الشافعي : لو كان المرجع إلى المتعارف لوجب أن نفرق بين الخليفة والفقير في هذا الإقرار .

١٥٥٧٤ - فإذا قال الخليفة عظيم ، لم يقبل فيه النصاب ، لأنه لا يستعظم هذا القدر في العادة [٢] .

١٥٥٧٥ - قلنا : إذا كان النصاب أدني ما يستعظم من الأموال اعتبر صفته في نفسه ، ولم يعتبر حال الواصف » [٣] .

* * *

= حدًّا ولا يختص من الأموال جنسًا ولا قدرًا ، لأنه يحتمل أن يراد به عظيم الجنس ، ويحتمل أن يراد بالعظيم أنه حلال أو أنه موجب للثواب أو العقاب » .

(١) هو وضوح الكلام وهو اسم لكلام ظهر المراد منه للسامع بنفس الصيغة من غير تأمل ، ويكون محتملاً للتأويل والتخصيص . انظر أصول السرخسي (١٦٣/١ ، ١٦٤) ط دار الكتب العلمية ، بيروت ، كشف الأسرار للنسفي (٢٠٥/١) ، التعريفات للجرجاني ص١٥٧ .

(٢) انظر الحاوي الكبير ١٤/٧ وعبارته : « لأن عظيم القدر قد يختلف عند الناس ، بسبب اختلاف يسارهم وإعسارهم ، فالخليفة يرى الألف عظيم القدر والفقير يرى الدرهم عظيمًا . ثم يختلف باختلاف سعة النفوس وضيقها ؛ فذو النفس الواسعة يرى الكثير قليلًا ، وذو النفس الضيقة يرى القليل كثيرًا عظيمًا ، ومع اختلاف الاستعمال له وتباين المراد به يبطل أن يكون له حد أو يتناول من الأموال جنسًا .

(٣) في المذهب الحنفي من يجعل لوصف الواصف اعتبارًا كالسرخسي وغيره مع اعتبار حال الواصف من الفقر والغنى . انظر المبسوط (٩٨/١٨) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٥٠/٤)

مسألة ٧٧٧

مقدار ما يصدق فيه من اقر بدراهم كثيرة

١٥٥٧٦ - قال أبو حنيفة : إذا قال لفلان : عليّ دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة [1] ، و [قالا] [2] : « مائتان » [3] .

١٥٥٧٧ - وقال الشافعي : ثلاثة دراهم [4] .

١٥٥٧٨ - لنا : أن أكثر ما يتناوله اسم الدراهم فيما له عدد محصور عشرة ، وأقله

(١) انظر الهداية (١٨١/٣) ، بدائع الصنائع (٢٢٠/٧) ، المبسوط (٩٨/١٨) ، نتائج الأفكار (٣٢٩/٨) .

(٢) ما بين القوسين بدل من [قال] المثبتة في النسخ جميعها ، والموهمة نسبة رأيهما إلى أبي حنيفة ، وهو رواية عنه ، نقلها ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن من أقر بدراهم كثيرة يلزمه مائتان ، ولكن المشهور في المذهب وهو ظاهر الرواية أنه قول الإمام أبي يوسف والإمام محمد كما في بدائع الصنائع ونتائج الأفكار وغيرهما ، وبناء على ما تقدم يتضح لنا أن الصاحبين ورواية عن أبي حنيفة يرون أنه يلزمه مائتان لكن المشهور عن أبي حنيفة أنها عشرة .

(٣) وجه قول الإمام ﷺ أنه جعل الكثرة صفة للدراهم ،ﷺ وأكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم عشرة ، ألا ترى أنه إذا زاد على العشرة يقال أحد عشر درهمًا واثنا عشر درهمًا وهكذا . ولا يقال دراهم فكانت العشرة أكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم فلا تلزمه الزيادة عليها . ولأن العشرة أقصى ما ينتهي إليه الجمع عند كونه مميزًا للعدد ، فيقال عشرة دراهم ويقال أحد عشر درهمًا ، والعدد إذا جاوز العشرة يصير مميزه مفردًا لا جمعًا ، فتكون العشرة هي الأكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فينصرف إليه . ووجه قول الصاحبين والإمام في رواية أن المقر به دراهم كثيرة ، وما دون المائتين في حد القلة ، ولهذا لم تجب فيما دون نصاب الزكاة . انظر فتح القدير (٣٨/٧) ، بدائع الصنائع (٢٢٠/٧) ، تبيين الحقائق (٥/٥) ، تحفة الفقهاء (٣٢٥/٣) ، مجمع الأنهر (٩٩١/٢) . وذهب مالك إلى أنه إن قال له : عليّ دراهم كثيرة لزمه أربعة ، لأنه أول مبادئ الكثرة بعد مطلق الجمع ، هذا هو المشهور في المذهب كما قال ابن عبد الحكم . وقيل : يلزمه تسعة دراهم لأن ذلك تضعيف لأقل الجمع ثلاث مرات ، وقيل يلزمه نصاب الزكاة ، وهذه الرواية توافق ما نقل عن الصاحبين . انظر حاشية الدسوقي (٤٠٧/٣) ، كتاب مواهب الجليل وبهامشه التاج والإكليل (٢٢٩/٥) ، بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي (١٩٢/٢) ، شرح الخرشي (٩٥/٦) .

(٤) انظر الحاوي الكبير (١٦/٧) ، المهذب (٤٤٥/٢) ، التنبيه في الفقه الشافعي للشيرازي ص٢٧٥ . وعبارة الحاوي : « وسواء قال له : عليّ دراهم كثيرة أو عظيمة أو لم يقلها فهي ثلاثة ، أي ثلاثة دراهم » . وبه قال الإمام أحمد بن حنبل . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٩٩/٥) ، كشاف القناع (٤٨٢/٦) ، الإنصاف (٢١٢/١٢) ، عبارة ابن قدامة وإن قال له عليّ دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمه ثلاثة » ، وقال المرداوي : يقبل تفسيرها بثلاثة فصاعدًا . هذا هو المذهب وعليه جماهير الأصحاب .

ثلاثة وما زاد على العشرة يقال : أحد عشر درهمًا فلما وصف الدراهم بالكثرة وجب أن يلزمه أكثر ما يتناوله هذا الاسم ولا يصدق فيما دونه [١] .

١٥٥٧٩ - فإن قيل : ما زاد على الثلاثة دراهم كثيرة والعشرة غايتها فلم ألزمتموه أعلي [٢] ما يتناوله اسم الكثرة .

١٥٥٨٠ - قلنا : هذا السؤال لا يتوجه لكم ؛ لأن الكثرة لغو عندكم وذكرها والسكوت عنها [سواء] [٣] والكلام في كيفية ما يفيده ، فصح على قول من جعل لها فائدة .

١٥٥٨١ - فأما على أصلنا فلأنه ذكر الكثرة في لفظ الجنس ، وجنس ما سمي دراهم فيما له عدد محصور عشرة [٤] .

١٥٥٨٢ - ولأنه أقر بدراهم موصوفة بالكثرة فلم يصدق في أقل من عشرة . أصله : إذا قال لفلان على دراهم (صدق في [٥]) أكثر ما يقع عليه اسم الدراهم . وما لا يتقدر به أقل المهر [٦] لا يصدق أو يفسر به الدراهم الكثيرة . أصله الدرهمان . ولأنه أقر

(١) انظر بدائع الصنائع (٥/٢٢٠) ، فتح القدير (٣٨٠/٧) . أجاب الشافعية والحنابلة على هذا الدليل بأننا لا نسلم ذلك ، بل نقول : يقبل تفسيره فيما زاد على أقل الجمع ، وإن قل فلو فسره بثلاثة دراهم ودانق قبل منه ، لكن لا يلزمه العشرة ، لأن الكثرة لا حد لها شرعًا ولا لغة ، ولا عرفًا . وتختلف بالإضافات وأحوال الناس ، فالثلاثة أكثر مما دونها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير . ويحتمل أن المقر أراد كثيرة بالنسبة إلى ما دونها أو كثيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال فإن الإقرار موضوع على إلزام اليقين واطراح الشك . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٩٩/٥) ، الحاوي (١٧/٧) .

(٢) في (ع) ، (م) : [عليه] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٤) انظر بدائع الصنائع (٢٢٠/٧) ، فتح القدير (٣٨٠/٧) .

(٥) ما بين القوسين زيادة .

(٦) المهر في اللغة الصداق والجمع المهور ، وفي الاصطلاح اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج ، إما بالتسمية أو بالعقد . انظر لسان العرب (٤٢٨٦/٦) ، المصباح المنير (٧١١/٢ ، ٧١٢) ، حاشية ابن عابدين (١٠٠/٣ ، ١١٠) أجمع العلماء على أن المهر لا حد لأكثره ، واختلفوا في أقله هل هو مقدر أم لا . ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه مقدر ولكنهم اختلفوا في التقدير فقال الحنفية : إن أقله عشرة دراهم ، أو ما قيمته عشرة دراهم ، ولا يجوز إلا أن يكون مالاً ، وذهب المالكية إلى أن أقل المهر ربع دينار من ذهب أو ثلاثة دراهم من فضة ، وذهب الشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين أنه ليس لأقله حد كما لا حد لأكثره ، بل كل ما جاز أن يكون ثمنًا أو أجرة ، جاز جعله صداقًا . استدل الحنفية بحديث رسول الله ﷺ عن جابر بن عبد الله قال : قال رسول الله ﷺ : « لا مهر أقل من عشرة دراهم » . إلا أنه ضعيف لا تقوم به الحجة . انظر نصب الراية (١٩٦/٣ - ١٩٩) . واستدل الشافعية ومن معهم بما روى سهل بن سعد الساعدي قال : « جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت إني جئت أهب نفسي ، فنظر إليها رسول الله ﷺ فصعد النظر فيها =

بالدراهم ووصفها بصفة فلم يجز إلغاء الصفة كما لو قال له صحاح أو بيض [١] .

١٥٥٨٣ - احتجوا بأنه ذكر قدرًا مبهمًا وضم إليه صفة مبهمة يحتمل كثرة في الثواب ، ويحتمل في العقاب [٢] .

١٥٥٨٤ - قلنا : هذا يقتضي أن تكون الصفة لغير [٣] الموصوف ، وقد أبطلنا هذا الكلام في المسألة الأولى .

١٥٥٨٥ - قالوا : العشرة غاية الكثرة ، والمقِرُّ يلزمه أقلُّ ما يتناوله الاسم .

١٥٥٨٦ - قلنا : العشرة عندنا أقل ما يتناوله اسم الدراهم الكثيرة [٤] وقد تكلمنا على هذا السؤال

١٥٥٨٧ - قالوا : هلا حملتم الدراهم الكثيرة على المائتين كما حملتم في المال العظيم .

١٥٥٨٨ - قلنا : من أصحابنا من قال : المال العظيم والدراهم الكثيرة عند أبي حنيفة سواء ، كل واحد منهما يحمل على العشرة .

١٥٥٨٩ - قال أيده الله : وقد كان الشيخ أبو عبد الله يروي عن أبي حنيفة أن المال

= وصوبه ثم طأطأ رسول الله ﷺ رأسه ، فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها شيئًا جلست فقام رجل من أصحابه فقال يا رسول الله إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها . فقال رسول الله ﷺ وهل عندك شيء؟ قال : لا والله يا رسول الله ، فقال : اذهب إلى أهلك فانظر هل تجد شيئًا ، فذهب ، ثم رجع فقال : لا والله ما وجدت شيئًا ، فقال رسول الله ﷺ : التمس ولو خاتمًا من حديد ، فالتمس فلم يجد شيئًا ، فقال رسول الله ﷺ : هل معك من القرآن شيء قال : نعم ، سورة كذا وسورة كذا ، فقال رسول الله ﷺ زوجتكما بما معك من القرآن » رواه مسلم في صحيحه (٢١١/٩) وأبو داود في سننه (٣١٨/٣) والترمذي في جامعه (٤٢١/٣) والنسائي في سننه (٦٨/٢) وابن ماجه في سننه (٦٠٨/١) ، والبيهقي في سننه الكبرى (٥٧/٧) . وهذا دليل على أنه لا حدَّ لأقله لأنه لو كان له حدٌّ لبينه الرسول ﷺ ؛ إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة . انظر الهداية (٢٠٤/١) ، الاختيار (٣٨/٣) ، حاشية الدسوقي (٢٩٤/٣) ، بداية المجتهد (١٨/٢ ، ١٩) ، روضة الطالبين (٢٤٩/٧) ، المغني (٢١٠/٧) .

(١) انظر هذا المعنى في المبسوط (٩٨/١٨) . (٢) انظر الحاوي الكبير (١٤/٧) .

(٣) « لغير » بدل « لأمر » المثبتة في النسخ جميعها .

(٤) قال الماوردي في هذا المعنى أن « وصف الشيء بالكثرة والعظم لا يقتضي زيادة قدر محدود لما له من الاحتمال والتجويز ، والإقرار موضوع على إلزام اليقين واطراح الشك » وجاء في مغني المحتاج : قال الشافعي ﷺ : « أصل ما انبنى عليه الإقرار أن ألزم اليقين وأطرح الشك ولا أستعمل الغلبة » . انظر الحاوي الكبير (١٧/٧) ومغني المحتاج (٢٤٨/٢) .

العظيم مائتان [١] والفرق [٢] أن الدراهم تفيد العدد وكثيرة تفيد العدد [أيضًا] [٣] لأن الكثرة لا تكون إلا بزيادة العدد [فاعتبرت الكثرة التي ترجع إلى العدد وقوله عظيم لا يتضمن عددًا ، فوجب أن يحمل على المستعظم لا من حيث العدد] [٤] .

١٥٥٩٠ - والعظيم في الشرع [ما لم يرد به عيب] [٥] فتجب الزكاة فيه بنفسه وتجب على [٦] من تجب عليه الزكاة [٧] .

• • •

---

(١) انظر حاشية الشيخ شلبي على تبيين الحقائق (٥/٥) .

(٢) في نسخة (ص) : [يظهر أنه لا فرق] وفي (ع) ، (ن) : [الفرق] لعل الصواب ما أثبتناه كما في حاشية الشلبي على التبيين (٥/٥) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) في (ع) ، (م) : [لم يرد] وفي (ص) : [لم ير] والصواب ما أثبتناه كما في حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٥/٥) . العظيم في الشرع ما يصير به غنيًا ، هذا ما ذكره الشلبي في حاشيته على التبيين ، وما جاء في التجريد : العظيم في الشرع ما لم يرد عيبًا .

(٦) كلمة [على] ساقطة من جميع النسخ .

(٧) انظر حاشية شلبي على تبيين الحقائق (٥/٥) .

مسألة ٧٧٨

مقدار ما يصدق مَنْ أقر بمائة ودرهم وما شابه ذلك

١٥٥٩١ - قال أصحابنا : إذا قال له عليّ مائة و [1] درهم فالجميع دراهم [2] فكذلك إن قال مائة و [3] دينار [4] وكذلك مائة وشاة [كان الجميع شياه] [5] استحسانًا [6] .

١٥٥٩٢ - ذكر في الأصل [7] ، عن أبي يوسف إذا قال عشرة وثوب كانت كلها ثيابًا وذكر في المنتقى ولو قال : علي عشرة وعبد أنه يرجع في تفسير العشرة إليه [8] .

---

(١) حرف الواو ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) انظر تبيين الحقائق (٨/٥) ، نتائج الأفكار (٣٣٨/٨) ، بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) ، البناية على الهداية (٥٥٢/٧) ، المبسوط (٩٩/١٨) ، متن القدوري ص٤٤ ، عبارته : « وإن قال له على مائة ودرهم فالمائة كلها دراهم » .

(٣) حرف الواو ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) انظر بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) ، تبيين الحقائق (٨/٥) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) الاستحسان لغة : عد الشيء حسنًا . ويطلق أيضًا على ما يهواه الإنسان ويميل إليه وإن كان ذلك مستقبحًا عند غيره . انظر لسان العرب (٨٧٩/٢) التعريفات للجرجاني ص١٣ . وفي الاصطلاح هو اسم لدليل يعارض القياس الجلي فإنهم سموه بهذا الاسم ، لاستحسانهم ترك القياس بدليل آخر فوقه ، وذلك قد يكون نصًا أو إجماعًا أو ضرورة أو قياسًا خفيًا ، وعرفه السرخسي بأنه : ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس . وقيل : هو طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلي فيه الخاص والعام . وحاصله أنه ترك العسر لليسر وهو أصل في الدين . قال الله تعالى : ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾ من الآية (١٨٥) من سورة البقرة . هذا وقد كثر فيه الخلاف والمدافعة ومنشأ ذلك عدم تحديد مقصود الاستحسان ، فالقائلون به وهم الحنفية وأصحاب مالك . وقد هاجم الشافعي الأخذ به بقوله في رسالته : « من استحسن فقد شرع » ومراده أن من أثبت حكمًا بالاستحسان من غير دليل من الشارع فهو الشارع لذلك الحكم وعنده أن الاستحسان إثبات الحكم بالتشهي من غير دليل شرعي . ولا شك في أن الاستحسان إذا انصرف إلى القول بما يستحسنه الإنسان ويشتهيه من غير دليل فهو باطل بالاتفاق ولا يقول به أحد ، وإن كان هو العدول عن دليل إلى دليل أقوى منه فيكون من شرع الله ولا ينكره أحد . انظر كشف الأسرار شرح المصنف على المنار للنسفي (٢٩١/٢ ، ٢٩٢) ، المبسوط (١٤٥/١٠) ، حاشية العطار على جمع الجوامع (٣٩٥/٢) ط دار الكتب العلمية بيروت ، مختصر ابن الحاجب (٢٨٨/٢ ، ٢٨٩) ، البحر المحيط للزركشي (٩٥/٦) ، الرسالة للشافعي ص٢٠٢ .

(٧) انظر المبسوط (٩٩/١٨) .

(٨) حاصل الخلاف بين الحنفية أنه إن قال له عليّ مائة ودرهم كانت كلها دراهم ، وكذا قوله مائة ودرهم أو =

١٥٥٩٣ - وقال الشافعي : في جميع ذلك يرجع في تفسير المعطوف عليه إلى قوله [١] .

١٥٥٩٤ - قالوا : والمذهب [٢] إذا قال مائة وخمسون درهمًا أن الجميع دراهم وكذلك إذا قال عشرة وثلاثة دراهم [٣] .

= مائة وثلاثة دراهم اتفاقًا وكذلك المكيلات والموزونات أي كل ما ثبت في الذمة ، وإن قال : له عليّ مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة إلى المقر وكذلك مائة وثوبان ، هذا ظاهر الرواية . وروى ابن سماعة عن أبي يوسف قوله في مائة وثوب أنه يلزمه مائة ثوب وثوب وكذلك مائة وشاة ، والراجح في المذهب هو الأخذ بظاهر الرواية . انظر نتائج الأفكار (٣٣٩/٨ ، ٣٤٠) ، المبسوط (٩٩/١٨) ، بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) .

(١) انظر الحاوي الكبير (١٨/٧) ، المهذب للشيرازي (٤٤٦/٢) ، مغني المحتاج (٢٤٩/٢ ، ٢٥٠) . وصورة هذه المسألة : أنه إذا قال له عليّ مائة درهم ودرهم فكل ذلك دراهم إجماعًا ، وإذا قال له عليّ مائة وله عليّ درهم فيرجع إليه في تفسير المائة إجماعًا لإبهامها ، ولا يكون الدرهم المعطوف عليها تفسيرًا لها ، وإذا قال له على مائة ودرهم اختلف العلماء فذهب الشافعية إلى أنه يرجع إليه في تفسير الألف لإبهامها ولا يكون العطف بالدرهم تفسيرًا لها . وبه قال المالكية ، حيث قالوا : إذا قال لفلان على ألف ودرهم أو له ألف وعبد ، أو ألف وثوب ونحو ذلك وأبهم في الألف فإنه يقبل تفسير الألف لأي شيء ذكره سواء فسره بألف دينار أو درهم أو ثوب أو حمار ، ولا يكون المعطوف مفسرًا للمعطوف عليه . وأما الحنابلة فقد ذهب بعضهم مذهب الحنفية حيث قالوا : إن قال عليّ ألف ودرهم أو مائة ودرهم أو مائة وثوب ، فالمجمل من جنس المفسر . وكذلك لو قال ألف درهم وعشرة وألف ثوب وعشرين . وهذا قول القاضي من الحنابلة وابن حامد وأبو ثور ، وقال التميمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير المجمل إليه ، لأن الشيء يعطف على غير جنسه . قال الله تعالى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ سورة البقرة من الآية (٢٣٤) ، ولأن الألف مبهم فيرجع في تفسيره إلى المقرّ ، كما لو لم يعطف عليها ، انظر حاشية الدسوقي (٤٠٥/٣) ، الذخيرة للقرافي (٢٧٨/٩) ، الحاوي الكبير (١٨/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٠٧/٥) ، كشاف القناع (٤٨٢/٦) ، الإنصاف (٢١٦/١٢) .

(٢) حيث يقول المذهب أو على المذهب يقصد به الراجح في حكاية المذهب أي يكون هناك أكثر من طريق في نقل المذهب كأن يحكي بعضهم في المسألة قولين أو وجهين لمن تقدم ويقطع بعضهم بأحدهما . انظر تحفة المحتاج (٥١/١ ، ٥٢) ، نهاية المحتاج (٤٩/١) ، مجموعة سبعة كتب مفيدة ص٤٦ .

(٣) وإن قال عليّ مائة وخمسون درهمًا ففيه وجهان عند الشافعية ، أحدهما : أنه يلزمه خمسون درهمًا ويرجع في تفسير المائة إليه كما قلنا في قوله ألف ودرهم ، الثاني : وهو الصحيح أنه يلزمه مائة وخمسون درهمًا . الفرق بينها وبين قوله ألف ودرهم أن الدرهم المعطوف على الألف لم يذكر للتفسير وإنما ذكر للإيجاب ، ولهذا يجب به زيادة على الألف والدراهم المذكورة بعد الخمسين ذكرها للتفسير ، ولهذا لا يجب به زيادة على الخمسين فجعل تفسيرًا لما تقدم ، ويقاس على قوله مائة وخمسون درهمًا وعشرة وثلاثة دراهم أن فيهما الوجهين المتقدمين. انظر نهاية المحتاج (٩١/٥) ، حاشية القليوبي وعميرة (٩/٣) ، روضة الطالبين (٣٧٧/٤) ، المهذب (٤٤٦/٢) ، التكملة الثانية للمجموع (٣٤٠/٢٠) .

١٥٥٩٥ – وقال الإصطخري [١] ابن خيران [٢] أن الخمسين دراهم وكذلك الثلاث ويرجع إليه في بيان الباقي [٣] .

١٥٥٩٦ – لنا : أن حرف العطف يقتضي تساوي الشيئين [كما يقتضيه] [٤] حرف التثنية . هذا ظاهر الكلام / فوجب أن يحمل عليه إلا أن يمنع مانع . ١٧٨

١٥٥٩٧ – و [لا] [٥] يلزم ما إذا قال مائة وعبد ، لأن العبد لا يثبت في الذمة بنفسه [٦] .

١٥٥٩٨ – وقوله عليّ مائة يقتضي ثبوتها في الذمة فجعل في اللفظ ما يقتضي التغاير فخالف بينهما للدلالة [٧] .

---

(١) هو أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى الإصطخري أحد أئمة الفقه الشافعي ، ولد عام ٢٤٤هـ ، والإصطخري منسوب إلى الإصطخر البلدة المعروفة ببلاد فارس ، وكان أبو سعيد قاضيًا لقم أشهر المدن العلمية في إيران ، ولي الحسبة في بغداد وكان ورعًا وزاهدًا في الدنيا وهو من أصحاب الوجوه في المذهب ، قال الإسنوي : كان أبو سعيد وابن سريج شيخي الشافعية ببغداد . ومن مؤلفاته أدب القضاء ، وكتاب الفرائض الكبير وكتاب الشروط والوثائق والمحاضرات والسجلات وغيرها ، توفي الشيخ أبو سعيد يوم الجمعة ١٢ جمادى الآخر سنة ٣٢٨هـ ببغداد ودفن بباب الحرب . انظر ترجمته في طبقات الشافعية الكبرى للسبكي ١٩٣/٢ ، البداية والنهاية (١٩٣/١١) ، شذرات الذهب (٣١٢/٢) ، تاريخ بغداد (٢٦٨/٧) ، تهذيب الأسماء واللغات (٢٣٧/٢) .

(٢) في (ص) : [ابن جبران] ، وفي (ع) : [رين حيران] ، وفي (م) : [دين جيران] . والصواب : ابن خيران بفتح الخاء المعجمة وسكون الياء وفتح الراء ، هو أبو علي الحسين بن صالح بن خيران من كبار أئمة الشافعية ببغداد بعد ابن سريج ، كان ورعًا متقشفًا ، عرض عليه القضاء فأباه ، وكان يعيب على ابن سريج ولايته القضاء ، توفي يوم الثلاثاء لثلاث عشر بقيت من ذي الحجة عام ٣٢٠هـ . انظر طبقات الشافعية الكبرى (٢١٣/٢) ، تاريخ بغداد (٥٣/٨) ، وفيات الأعيان (٤٦١/١) ، شذرات الذهب (٢٨٧/٢) ، العبر (١٠/٢) .

(٣) جاء في روضة الطالبين : ولو قال خمسة عشر درهمًا فكلها دراهم ، ولو قال خمسة وعشرون درهمًا فكلها دراهم على الصحيح ، وقال ابن خيران والإصطخري : العشرون دراهم والخمسة مجملة ، وعلى هذا الخلاف قوله مائة وخمسون وثلاثة عشر . انظر روضة الطالبين للنووي (٣٧٧/٤) ، المهذب للشيرازي (٤٤٦/٢) ، التكملة الثانية للمجموع (٣٤٠/٢٠) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) الدراهم والدنانير والمكيل والموزون في جميع المعاملات حالة أو مؤجلة تثبت في الذمة ، أما الثياب فلا تثبت في الذمة دينًا إلا في السلم ، والشاة ونحوها كالعبد لا تثبت دينًا في الذمة أصلًا ، وكذلك الدار . انظر نتائج الأفكار (٣٤٠/٨) ، المبسوط (١٠٠/١٨) .

(٧) انظر نتائج الأفكار (٣٣٩/٨) .

١٥٥٩٩ - ولأنه أقر بقدر من جنسه ثبت في الذمة بنفسه عطفًا على عدد مبهم ، فكان الجميع من جنسه . أصله إذا قال : لفلان عليّ مائة درهم [و] [١] درهم زعفران .

١٥٦٠٠ - ولا يلزم إذا قال : مائة وعبد لأن العبد ليس بقدر ، ولأنه لا يثبت في الذمة بنفسه ، ولأنه أقر بجملتين عطف إحداهما على الأخرى ، أحدهما من جنس الدراهم فوجب أن يكون المبهم من جنسها أصله إذا قال : ثلاث دراهم ودينار .

١٥٦٠١ - ولأنه عطف جملة معلومة تتقدر بنفسها ، والجنس على جملة مبهمة فوجب أن يكون الجميع من جنسها . أصله إذا قال : مائة وخمسون درهمًا ، ولا يلزم إذا قال : مائة وثوب ، لأن ثوبًا لا يدل على القدر بنفسه [٢] .

١٥٦٠٢ - وقد قال أصحابنا إنه لو قال مائة وثوبان [اثنان] [٣] كان الجميع من الثياب ولأنه ذكر العدد الدال على المقدار .

١٥٦٠٣ - فإن قيل [٤] : الأصل غير مسلم .

١٥٦٠٤ - قلنا : خلاف الإصطخري لا ينقض الإجماع [٥] وقد أجمع المسلمون [٦] على أن من باع ثوبًا بمائة وخمسين درهمًا جاز . ولولا أن الجميع من

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) انظر المبسوط (١٠٠/١٨) ، بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) في (ص) : [قالوا] : لعل الصواب « فإن قيل » كما في (ع) ، (م) .

(٥) في (ص) ، (ع) : [لا يعقد على الإجماع] ، وفي (م) « لا يعقد عن الإجماع » وقد أبدلنا به : « لا ينقض » .

(٦) الإجماع لغة يطلق على معنيين أحدهما : العزم على الشيء والتصميم عليه كأنه جمع نفسه عليه والأمر مجمع ، ومنه قوله تعالى : ﴿ فَأَجْمِعُوٓاْ أَمْرَكُمْ وَشُرَكَآءَكُمْ ﴾ « الآية (٧١) من سورة يونس : . وفي الحديث : « من لم يجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له » أخرجه الترمذي في سننه عن حفصة مرفوعًا . (١١٧/٢) . وفي باب ما جاء لا صيام لمن لم يعتزم من الليل ، والنسائي في سننه في باب النية في الصيام (١٩٧/٤ ، ١٩٨) . والثاني : الاتفاق ، يقال أجمع القوم على كذا أي اتفقوا ، وصاروا ذوي جمع كما يقال : ألبن وأتمر إذا صار ذا لبن وذا تمر . انظر لسان العرب (٦٨١/١) ، القاموس المحيط (١٥/٣) ، المصباح المنير (١٣٢/١) وفي الاصطلاح عرفه القاضي البيضاوي بأنه : اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد ﷺ على أمر من الأمور . وجاء في إرشاد الفحول أنه : اتفاق مجتهدي أمة محمد ﷺ بعد وفاته في عصر من العصور على أمر من الأمور . انظر منهاج الوصول إلى علم الأصول للبيضاوي المتوفى سنة ٦٨٥هـ ، إرشاد الفحول (٢٨٦) . ويتميز هذا التعريف الأخير بذكر بعد وفاته ﷺ إذ لا ينعقد الإجماع في حياته ، وذكر في عصر من العصور حتى يخرج ما يتوهم من =

الدراهم لم تصح [١] .

١٥٦٠٥ - فإن قيل : قوله : [مائة وخمسون درهمًا] [٢] ذكر التفسير فاقتضى كون المفسر من جنس الدراهم [٣] .

١٥٦٠٦ - قلنا : غلط لأن درهما لا يفسر المائة ، لأنه لا يفسر من الأعداد إلا أحد عشر وتسعة وتسعين ، وما سوى ذلك إضافة وليس بتفسير [٤] فقوله : درهمًا تفسير للخمسين وهي معطوفة على المائة فصارت من جنسها [٥] .

١٥٦٠٧ - احتجوا : بأن العرب تعطف جنسًا على جنس وجنسًا على غيره فتقول : رأيت زيدًا وعمرًا ، ورجلاً وحمارًا فجاز أن يكون العطف من جنس الأول ، وجاز أن يكون من غير جنسه . وتحرير هذا : أنه مسوق على غيره فوجب أن لا يكون [٦] تفسيرًا للمعطوف عليه كقوله مائة ودار [٧] .

١٥٦٠٨ - الجواب : ما بينا أن عطف الجملة على الجملة يقتضي تساويهما في الظاهر كما تقتضي التثنية ؛ فقوله (عليّ مائة) مبتدأ ، وقوله (ودرهم) معطوف على

= أن المراد بالمجتهدين جميع مجتهدي الأمة في جميع الأعصار إلى يوم القيامة فإنه يؤدي إلى عدم ثبوت الإجماع .

(١) قال ابن المنذر في كتابه الإجماع : وأجمعوا على من باع معلومًا من السلع حاضرًا بمعلوم من الثمن قد أحاط البائع والمشتري بالسلعة معرفة البيع جائز . انظر كتاب الإجماع ص٥٥ ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٣) انظر مغني المحتاج (٢٤٩/٢ ، ٢٥٠) .

(٤) والمائة عدد معروف وهي من الأسماء الموصوف بها ، حكى سيبويه : مررت برجل مائة إبله ، والجمع مئات ومئون على وزن معون ، ويقول العرب مائة درهم مضاف ومضاف إليه . انظر لسان العرب (٤١٢٤/٦) ، المبسوط (١٠٠/١٨) .

(٥) لأن المعطوف مع المعطوف عليه بمنزلة المضاف مع المضاف إليه إذ كل منهما للتعريف ، ثم المضاف يجعل تعريفًا للمضاف إليه إذا كان صالحًا له ، فكذلك المعطوف يجعل تعريفًا للمعطوف عليه إذا كان صالحًا له - والصلاحية موجودة في المكيلات والموزونات ، لأنها تثبت في الذمة في جميع المعاملات حالا ومؤجلا ويجوز الاستقراض فيها ولعموم البلوى جعلنا العطف فيها تفسيرًا . انظر المبسوط (١٠٠/١٨) ، بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) .

(٦) في (ع) ، (م) : [لا وجب أن يكون] وذلك مخالف لمذهب الشافعي والصحيح ما أثبتناه كما في (ص) . المهذب (٤٤٦/٢) .

(٧) انظر هذا الدليل في المهذب للشيرازي (٤٤٦/٢) ، وعبارته لأن العطف لا يقتضي أن يكون المعطوف من جنس المعطوف عليه ، لأنه قد يعطف الشيء على غير جنسه ، ألا ترى أنه يجوز أن تقول رأيت رجلًا وحمارًا ، كما يجوز أن تقول رأيت رجلًا ورجلًا » .

المقدار مرتفعة بالابتداء ، وقوله (عليّ) خبر مقدم على المبتدأ ، هذا ظاهر الكلام ، وغيره معدول به عن الظاهر ، فلا اعتبار به والمعنى في الأصل أن الدار لا تثبت في الذمة بنفسها ، وقوله (عليّ مائة) يقتضي ثبوت عدد في الذمة ، فلما عطف عليه ما يخالفه في حكمه دل ذلك على التغاير ، وهذا لا يوجد في قوله : [مائة] [١] ودرهم .

١٥٦٠٩ - ومعنى قولنا : أنه ثبت في الذمة بنفسه أنه ثبت بإطلاق العقد وبالاستهلاك ثبوتًا صحيحًا . ولهذا قلنا : في مائة وشاة أنها من الشياه ، ولأن الشاة تثبت [٢] بالإطلاق في النكاح [٣] .

١٥٦١٠ - فإن قيل : المستهلكات كلها تثبت في الذمة عند أبي حنيفة .

١٥٦١١ - قلنا : لا تثبت ثبوتًا صحيحًا ، لأن المطلق لا يتعلق بما لا مثل له [٤] .

١٥٦١٢ - قالوا : قولكم إن عَلَيّ يقتضي ثبوت المائة في ذمته [٥] .

١٥٦١٣ - قلنا : لا نسلم ، لأن عندنا إذا قال : لفلان عليّ [مائة ثم أحضر مائة فقال : هي هذه ، وهي وديعة عندي ، قبل قوله ، علمًا بأننا قد اتفقنا أنه لو قال لفلان عليّ] [٦] ألف ثم قال : كانت وديعة عندي فهلكت لم يقبل قوله .

١٥٦١٤ - وهذا يدل [على] [٧] أن الإقرار اقتضى الثبوت في الذمة وما ادعيتموه مذهبا لكم لا نوافقكم عليه ولا يضرنا [٨] .

١٥٦١٥ - فإن قيل : لو قال له عليّ مائة وسكت [٩] ، ووقف ثم قال : هي إثبات قبل قوله [فلو كان] [١٠] إطلاق قوله عليّ يقتضى ما ثبت في الذمة بنفسه لم يصح

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) في (ص) : [يطلق] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٣) انظر هذا المعنى في بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) ، المبسوط (١٠٠/١٨) .

(٤) انظر المرجعين السابقين .

(٥) انظر الحاوي (٦١/٧) ، بدائع الصنائع (٢٠٧/٧) وعبارته : « ركن الإقرار نوعان : صريح ودلالة : فالصريح نحو أن يقول : لفلان عليّ ألف درهم لأن كلمة (عليّ) كلمة إيجاب لغة وشرعًا . قال الله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ من الآية (٩٧) سورة آل عمران .

(٦ ، ٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٨) انظر هذا المعنى في فتح القدير (٣١٢/٧ ، ٣٥٠) .

(٩) في (ع) ، (م) : [وقف وسكت] .

(١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

هذا التفسير .

١٥٦١٦ - قلنا : إذا قال عليّ مائة وسكت لم يصدق إلا أن [١] يفسر بما يثبت في الذمة بنفسه .

١٥٦١٧ - قالوا : كل من أقر جملة ووصلها بصلة [لم يجز أن يلزمه بصلة] [٢] زيادة لما يلزمه [٣] . فإن لزمه بها زيادة لم يكن تفسيرًا كقوله مائة وثوب ، وإن لم تلزمه بها زيادة لم يكن تفسيرًا [٤] .

١٥٦١٨ - قلنا : ليس بتفسير عندنا ؛ فقد بينا أن التفسير [عندنا] [٥] لا يكون في أكثر من تسعة وتسعين ، وإنما هو عطف على موضع مسلم .

١٥٦١٩ - قالوا : الصلة إذا وقع بها للتفسير بجملة خالفت الجملة في إعرابها كقوله عشرون درهمًا و ألف درهم ، وإذا وافقتها في إعرابها لم يكن تفسيرا لها كقوله ألف درهم [٦] .

١٥٦٢٠ - قلنا : قد بينا أنها اسم عُطِفَ على اسم وليست بتفسير . و قولهم في ألف درهم أنه تفسير غلط ، وإنما هو إضافة ولا يكون التفسير إلا في العدد الذي بيناه من أحد عشر إلى تسعة وتسعين فضيلة وزائدة ، والمضاف والمضاف إليه كالشيء الواحد [٧] .

* * *

---

(١) في نسخة (ع) أنه .
(٢) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .
(٣) في (ع) ، (م) : [لا يلزمه] .
(٤) انظر هذا المعنى في الحاوي (٧/١٨) ، الذخيرة للقرافي (٩/٢٧٨) .
(٥) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .
(٦) انظر النكت ورقة ٣٠٦ (ع) في هذا المعنى في أثناء الجواب على أدلة الحنفية .
(٧) انظر المبسوط (١٨/١٠٠) .

الإقرار بالمظروف يقتضي الإقرار بالظرف كالثوب في المنديل

١٥٦٢١ - قال أصحابنا : إذا قال غصبت ثوبًا في منديل لزماه جميعًا [١] ولو قال : ثوبًا في عشرة أثواب لزمه أحد عشر ثوبًا عند محمد [٢] وهو الصحيح [٣] .

١٥٦٢٢ - وقال الشافعي : إذا قال ثوبًا في منديل أو تمرًا في جراب ، فالوعاء للمقر [٤] ولو قال له : السفينة بطعامها والدابة بسرجها لزماه [٥] .

---

(١) انظر الهداية (١٨٣/٣) ، نتائج الأفكار (٣٤٢/٨) ، فتح القدير (٣١٩/٧) ، بدائع الصنائع (٢٢١/٧) . وبه قال سحنون من المالكية وهو وجه عند الحنابلة . انظر التبصرة (٥٥/٢) والتاج والإكليل على هامش مواهب الجليل (٢٣٠/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٠٠/٥ ، ٣٠١) .

(٢) عند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يلزمه إلا ثوب واحد لأن حرف (في) يستعمل في البين والوسط أيضا ، فقال اللّٰه تعالى : ﴿ فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ﴾ الآية (٢٩) من سورة الفجر . أي بين عبادي ، فوقع الشك في المراد بحرف (في) ، وبالشك لا يثبت ما زاد على الواحد والأصل براءة الذمة . انظر الهداية (١٨٣/٣) ، نتائج الأفكار (٣٤٢/٨ ، ٣٤٣) ، بدائع الصنائع (٢٢١/٧) .

(٣) الراجح في المذهب هو ما ذهب إليه الإمام محمد بن الحسن ، لأن النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب فأمكن حمله على الظرف ، حيث جعلها ظرفا لثوب واحد فأشبه الإقرار بثوب في منديل أو في ثوب وقد أمكن العمل بالحقيقة فلا يصار إلى المجاز . انظر فتح القدير (٣١٩/٧) ، تبيين الحقائق (١٠/٥) ، البدائع (٢٢١/٧) .

(٤) انظر كتاب الأم للشافعي (٢٤٥/٣) ، الحاوي الكبير (٢٥/٧) ، حاشية قليوبي وعميرة (١٠/٣) مغني المحتاج (٢٥١/٢) . وبه قال ابن عبد الحكم من المالكية ، وهو المشهور عندهم وهو المذهب عند الحنابلة . انظر التاج والإكليل على هامش مواهب الجليل (٢٣٠/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٠٠/٥ ، ٣٠١) . وتفصيلاً لذلك قال المالكية : لو قال له عندي ثوب في صندوق وزيت في جرة لزمه المظروف . وفي لزوم ظرفه قولان : إذا كان المظروف يستقل بدون ظرفه كالثوب لا يلزم الظرف ، وأما إن كان لا يستقل بدون ظرفه كالزيت فإن الظرف يلزم اتفاقًا كالمظروف ، فقال ابن شاش : إذا قال عندي زيت في جرة كان مقرًا بالزيت والظرف ، ولو قال ثوب في صندوق أو في منديل فقال ابن عبد الحكم يكون مقرًا بالثوب دون الوعاء وهو المشهور ، وقال سحنون يلزمه الوعاء أيضًا . انظر حاشية الدسوقي (٤٠٩/٣) ، التاج والإكليل على هامش مواهب الجليل (٢٣٠/٥) ، الذخيرة (٢٧٩/٩ ، ٢٨٠) . وعند الحنابلة إذا قال غصبت منه ثوبًا في منديل أو زيتًا في زق ففيه وجهان : أحدهما : يكون مقرًا بالمظروف دون الظرف ، هذا اختيار ابن حامد والقاضي وأصحابه ، لأن إقراره لم يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر فلم يلزمه ، الثاني : يلزمه الجميع لأنه ذكر ذلك في سياق الإقرار ويصلح أن يكون مقرًا به فلزمه ، وقد نقل صاحب الإنصاف الوجهين أيضًا وقال إن المذهب أنه إقرار بالمظروف دون الظرف . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٠٠/٥ ، ٣٠١) ، كشاف القناع (٤٨٦/٦) ، الإنصاف (٢٣٣/١٢) .

(٥) انظر التكملة الثانية للمجموع (٣٢١/٢٠) ، وفي الشامل [ولو قال دابة بسرجها كان مقرًا بالسرج ونحو =

١٥٦٢٣ - لنا : أنه وصف المنديل بأنه ظرف للثوب حال الغصب [وهذا يقتضي إيقاع الفعل فيهما فدخلا في ضمانه ، ولأن المنديل ظرف له حال الغصب] [١] فصار كما لو قال : ثوبًا في منديل غصبته [٢] .

١٥٦٢٤ - ولأنه أقر بإيقاع الغصب فيما هو ملفوف في غيره فلزمه ردهما ، كما لو قال غصبت ثوبًا بلفافة .

١٥٦٢٥ - ولا يلزم إذا قال : غصبت درهمًا في درهم أو في قفيز لأن هذه الأشياء لا تكون ظروفًا .

١٥٦٢٦ - ولا يلزم إذا قال : [بعت] [٣] زعفرانًا في سلة ، لأن التعليل وقع للغصب ولإيقاع الفعل . والفرق بينهما من طريق المعنى : أن البيع طريقه الإقرار فتميز بعض الشيء ، والغصب فعل فلا يمكن إيقاعه في ثوب ملفوف دون الظرف .

١٥٦٢٧ - ولا يلزم إذا قال دابة في إصطبل [٤] لأنه يقر بغصب الإصطبل والعقار لا يضمن بالغصب [٥] .

١٥٦٢٨ - احتجوا : بأنه أقر بشيء في ظرفه فوجب أن لا يكون مقرًا بظرفه ، كقوله دابة في إصطبل ونخلة في بستان .

١٥٦٢٩ - قلنا : إيقاع الفعل لا يمكن في الثوب الملفوف إلا بعد إيقاع الفعل في ظرفه فوجب ضمانه . [٦] ويمكن إيقاع الفعل في الدابة دون موضعها فلم يدخل في

= قال له عندي سفينة بطعامها كان مقرًا بهما ، لأن الباء تعلق الثاني على الأول] . وبه قال الحنفية من باب أولى والحنابلة بلا خلاف . انظر نتائج الأفكار (٣٤٠/٨) ، مغني المحتاج (٢٥٢/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٠٢/٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، ويوجد بهامش نسخة (ص) .

(٢) انظر نتائج الأفكار (٣٤٢/٨) ، بدائع الصنائع (٢٢١/٧) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) الإصطبل بكسر الهمزة أعجمي معرب وهو بيت الخيل ونحوها . والجمع إصطبلات . انظر المصباح المنير (٢١/١) ، لسان العرب (٨٨/١) ، تهذيب الأسماء واللغات (٩/٣) .

(٥) من أقر بدابة في إصطبل لزمه الدابة خاصة لأن الإصطبل غير مضمون بالغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما . لأن الغصب الموجب للضمان لا يكون إلا بالنقل والتحويل عندهما . وعند محمد يضمن الدابة والإصطبل لأن محمدًا يرى غصب العقار فيدخلان في الضمان عنده كما يدخلان في الإقرار . انظر نتائج الأفكار (٣٤١/٨) ، بدائع الصنائع (٢٢١/٧) ، الهداية (١٨٣/٣) .

(٦) في (ع) ، (م) : [فدخل في ضمانه] .

ضمانه [١] .

١٥٦٣٠ - قالوا : المفسر يلزمه ما صرح به . وإن كان مبهمًا رُجع في تفسيره إليه . وقوله ثوب في منديل مبهم ، لأنه يحتمل أن يكون منديلاً له ويحتمل (أن يكون لغيره) ، [٢] فلم يلزمه المنديل بالشك [٣] .

١٥٦٣١ - قلنا : هذا يبطل إذا قال دابة بسرجها ، لأن الدابة قد تكون لمالكها ويكون [السرج] [٤] لغيره ومع ذلك يلزم المقر الدابة والسرج ، وكذلك إذا قال : ثوب بلفافة [٥] .

• • •

---

(١) انظر نتائج الأفكار (٣٤٠/٨) . (٢) في (ع) ، (م) : [ويحتمل له] .

(٣) انظر هذا المعنى في مغني المحتاج (٢٥١/٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) مذهب الشافعي في ذلك : لو قال عندي دابة مع سرجها إنه إقرار بهما فيلزمه جميعًا . انظر الحاوي الكبير (٢٥/٧) . ورغم ذلك فإنهم يقولون بلزوم الدابة مع سرجها والسفينة بطعامها ، ولا يقولون بلزوم الثوب مع المنديل . الأصل في ذلك أن من أقر بشيئين أحدهما ظرف للآخر فإما أن يذكرهما بكلمة (في) أو بكلمة (من) فإن كان الأول كقوله : غصبت من فلان تمرًا في قوصرة وهي وعاء التمر ، أو ثوبًا في منديل لزماه لأن غصب الشيء هو مظروف لا يتحقق بدون الظرف . وإن كان الثاني : كقوله : تمرًا من قوصرة وثوبًا من منديل لم يلزم إلا المظروف لأن كلمة (من) للانتزاع فيكون إقرارًا بغصب المنزوع ، لا يلزمه الثاني لأنه غير صالح أن يكون ظرفًا لما أقر بغصبه . انظر نتائج الأفكار (٣٤١/٨) .

الاستثناء مما أقر به

١٥٦٣٢ - قال أصحابنا : إذا أقر واستثنى [١] من جنس [٢] المقر به جاز [٣] . وإن استثنى من غير جنسه ، فإن كان استثنى ما لا يثبت في الذمة بنفسه لم يصح [٤] وإن استثنى ما ثبت في الذمة من غير جنسه جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله [٥] .

---

(١) الاستثناء لغة : هو استفعال من ثنى يثني ثنيا من الكف والرد ، والاستثناء والثنية رد الشيء بعضه على بعض . وفي الاصطلاح عرفه فخر الدين الرازي أنه : ما يدخل في الكلام لإخراج بعضه بلفظه ولا يستقل بنفسه . وعرفه الجرجاني بأنه : إخراج الشيء من الشيء بأداة لولاها لوجب دخوله فيه . وأدواته من الحروف : « إلا » ومن الأسماء : « غير وسوى » ومن الأفعال : « ليس ولا يكون وعدا وخلا المقرونتان بما . ومما اتفق على أن يكون حرفًا واختلف في أنه هل يكون فعلًا حاشا . ومن مجموع الحرف والاسم « لا سيما » . انظر المصباح المنير (١١٨/١) ، لسان العرب (٥١٧/١) ، المغرب للمطرزي ٧١ ، التعريفات ٣٩ ، الاستغناء في الاستثناء للقرافي تحقيق محمد عبد القادر عطا (٢١/١٤) ، دار الكتب العلمية بيروت . من ١٤ - ٢٩ .

(٢) كقوله : عليّ ألف درهم إلا درهم ، فيلزمه تسعمائة وتسعة وتسعون درهمًا . انظر الهداية (١٨٤/٣) ، الاختيار (١٧٧/٢) ، وتبيين الحقائق (١٣/٥ - ١٤) ، وحاشية الشلبي عليه .

(٣) إذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه فهو على ثلاثة أوجه :

١ - استثناء القليل من الكثير نحو أن يقول : على عشرة دراهم إلا ثلاثة دراهم ، ولا خلاف في جوازه ، ويلزمه سبعة دراهم .

٢ - استثناء الكثير من القليل بأن قال : لفلان على تسعة دراهم إلا عشرة جائز في ظاهر الرواية ، ويلزمه درهم ، وروي عن أبي يوسف أنه لا يصح ، وعليه العشرة ، والصحيح أنه يجوز لكنه غير مستحسن عند أهل اللغة .

٣ - استثناء الكل من الكل بأن يقول : لفلان على عشرة دراهم إلا عشرة دراهم فباطل وعليه عشرة كاملة لأنه ليس باستثناء بل إبطال الكلام ورجوع عن الإقرار فلا يجوز ، فيلزمه العشرة . انظر بدائع الصنائع (٢١٠/٧) المبسوط (٨٧/١٨) .

(٤) الاستثناء من غير جنسه إما أن يكون مما يثبت دينًا في الذمة وإما أن يكون مما لا يثبت دينًا في الذمة مطلقًا كالثوب ، ولا يصح الاستثناء وعليه جميع ما أقر به عند الحنفية ؛ فإن قال : له على عشرة دراهم إلا ثوبًا لزمته الدراهم العشرة ، ومثله الشاة والدار لأنها ليست بثمن أصلاً أي لا ذاتا ولا وصفًا . انظر نتائج الأفكار (٣٥٦/٨) ، وبدائع الصنائع (٢١٠/٧) .

(٥) إن كان المستثنى ما لا يثبت دينًا في الذمة مطلقًا من المكيل أو الموزون أو العددي المتقارب بأن قال : لفلان على مائة درهم إلا دينارًا أو إلا حنطة أو دينارًا إلا مائة جوزة يصح الاستثناء عند الشيخين رحمهما الله ويطرح مما أقر به قدر قيمة المستثنى استحسانًا ، وفي القياس لا يصح هذا الاستثناء . وهو قول محمد وزفر من الحنفية . وبه قال الحنابلة . وذهب الإمامان مالك والشافعي إلى صحة الاستثناء من غير الجنس مطلقًا ، جاء في =

١٥٦٣٣ - وقال محمد رحمه الله : لا يجوز الاستثناء من غير الجنس (١) .

١٥٦٣٤ - وقال الشافعي رحمه الله : يجوز استثناء غير الجنس الموجب في جميع الاستثناء ويخرج من الجملة المستثنى (٢) .

١٥٦٣٥ - لنا : أن الاستثناء يُخرِجُ من الكلام ما لولاه لدخل فيه ، وهذا لا يوجد في غير الجنس فإن ألزمونا لزم ما لم يثبت في الذمة (٣) .

١٥٦٣٦ - قلنا : هذا أصل من الأصول يجب استعماله إلا أن يمنع مانع [كالعموم فلا يناقض ولأنه استثناء ما لا يثبت في الذمة بنفسه مما يثبت في الذمة] (٤) فصار كما لو قال ألف إلا كلب .

١٥٦٣٧ - احتجوا : بأن الاستثناء من غير الجنس ورد به الشرع واللغة ، قال الله تعالى : ﴿ فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ۝ إِلَّا إِبْلِيسَ ﴾ (٥) وقال ﴿ لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْثِيمًا ۝ إِلَّا قِيلًا سَلَامًا سَلَامًا ﴾ (٦) .

= حاشية الدسوقي وصح الاستثناء بغير الجنس ، كألف من الدراهم إلا عبدًا ، وسقطت من الألف قيمته ولزمه ما بقي ، والإقرار صحيح . ولو قال : له عندي عبد إلا ثوبًا طرحت قيمة الثوب من قيمة العبد . وفي قوله : « له عندي ألف درهم إلا عشرة » طرح صرفها منه فإن استغرقت القيمةُ المقرَّ به بطل الاستثناء » وهو استثناء الكل من الكل . انظر حاشية الدسوقي (٤١١/٣) ، التاج والإكليل هامش مواهب الجليل (٢٣١/٥) ، الذخيرة (٢٩٩/٩) . وقال الماوردي : لا يختلف أصحابنا في أن الاستثناء في الإقرار يصح من جنسه أو من غير جنسه بشرط أن لا يستغرق . فإن قال : له عليَّ ألف درهم إلا ثوبًا يكون الثوب قيمته دون ألف حتى لا يستغرق ، فإن فسره بثوب قيمته ألف بطل التفسير فيلزمه ألف . انظر الحاوي الكبير (١٩/٧) ومغني المحتاج (٢٥٨/٢) . وقال ابن قدامة في المغني : من أقر بشيء واستثنى من غير جنسه كان استثناؤه باطلًا ، إلا أن يستثني عينًا من ورق أو ورقًا من عين . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٧٧/٥) وكشاف القناع (٤٦٨/٦ - ٤٦٩) والإنصاف (١٧٧/١٢) .

(١) انظر بدائع الصنائع (٢١٠/٧) ، والمبسوط (٨٧/١٨) .

(٢) انظر المهذب للشيرازي (٤٤٦/٢) ، الحاوي (١٩/٧) ، مغني المحتاج (٢٥٨/٢) . وعبارة الشربيني : « ويصح الاستثناء من غير الجنس بألف إلا ثوبًا ويبين بثوب قيمته دون ألف حتى لا يستغرق . وهو الراجح .

(٣) انظر الأفكار (٣٥٤/٨) والهداية (١٨٤/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) سورة الحجر : الآية ٣٠ ، ٣١ . وتكملتها ﴿ أَبَىٰ أَن يَكُونَ مَعَ السَّاجِدِينَ ﴾ .

(٦) سورة الواقعة : الآية ٢٥ ، ٢٦ . وجه الدلالة من الآيات : أن الله تعالى استثنى إبليس من الملائكة في الأولى وليس منهم ، واستثنى سلامًا من اللغو في الثانية وهو غير جنسه فدل ذلك على جوازه من غير الجنس . انظر هذا الدليل مع وجه الدلالة في المهذب (٤٤٦/٢) والحاوي الكبير (١٩/٧) ومغني =

١٥٦٣٨ - وقالوا [١] :

وبَلْـدةٍ ليس بهـا أنـيس إلا اليَعَافيرُ وإلا العيسُ [٢]

١٥٦٣٩ - وقال النابغة [٣] :

وَقَفْتُ بها أُصيلانًا أُسَائِلُهَا أعْيَتْ جَوَابًا وما بالرَّبْعِ من أَحَدِ

إلا أَوَارِيَّ لأيًا ما أُبيِّنُها والنُّؤْيُ كالحَوْضِ بالمظلومةِ الجَلَدِ [٤]

=المحتاج (٢٥٨/٢) .

(١) هذا البيت قطعة من الرجز لعامر بن الحارث ، وهذه رواية النحاة وهي غير واردة في ديوانه . الشاهد هو استثناء الشيء من غير جنسه حيث إنه استثنى اليعافير والعيس من الأنيس ، وإن لم يكن منهم . وهو استثناء منقطع معناه الذي يقوم مقام الأنيس اليعافير والعيس ، اليعافير جمع يعفور وهو ولد الظبية أو ولد البقرة الوحشية ، وقيل تيوس الظباء ، والعيس الإبل البيض الذي يخالط بياضها شيء من الشقرة ويقال هي كرائم الإبل ، وواحدها أعيس ، والأنثى عيساء . انظر ذلك كتاب سيبويه (٣٢٢/٢) ، أوضح المسالك (٢٦١/٢) ، النظم المستعذب في شرح غريب المهذب لمحمد بن أحمد الركبي بذيل المهذب (٤٤٧/٢) .

(٢) انظر هذا الشعر كدليل عند الشافعية في الحاوي الكبير (١٩/٧) ومغني المحتاج (٢٥٨/٢) والمهذب (٤٤٧/٢) .

(٣) هو النابغة الذبياني ، أبو أمامة زياد بن معاوية بن ضباب الذبياني الغيطاني المضري ، شاعر جاهلي من الطبقة الأولى من أهل الحجاز ، مات قبل الهجرة نحو سنة ٦٠٥ ميلادية ، كانت تضرب له قبة من جلد أحمر بسوق عكاظ فتقصده الشعراء فتعرض عليه أشعارها وكان الأعشى وحسان والخنساء ممن يعرض شعرهم على النابغة وكان أبو عمرو وابن العلاء يفضلانه على سائر الشعراء وهو أحد الأشراف في الجاهلية ، له شعر كثير جمع بعضه في ديوان صغير . انظر الأعلام (٥٥/٣) ومعجم المؤلفين (١٨٨/٤) .

(٤) هذان البيتان من قصيدة الدالية للذبياني التي يعدونها من المعلقات ومطلعها :

يا دار ميّة بالعلياء فالسند أقوت وطال عليها سالف الأمد

ومعنى : (وقفت بها أصيلانا) : أنه مر بالدار عشيًا قصيرًا فوقف فيها وسألها عن أهلها توجعًا وتذكرًا ، وأصيلان تصغير أصيل وهو العشي ، وإنما صغره ليدل على قصر الوقت ، وأنه لشدة حزنه وتوجعه لم يمنعه ضيق الوقت وقصره من الوقوف بالدار والسؤال عن أهلها . وقوله : (أعيت جوابا) : أي أعيت بالجواب فلم تجبني وليس بها أحد يكلمني ، وقوله : (الربع) منزل القوم وكأنه سمي بذلك لإقامتهم فيه زمن الربيع ، (الأواري) : محابس الخيل ومرابطها واحده أري ، (النوي) حاجز من التراب حول الخباء لئلا يدخله السيل ، (المظلومة) : الأرض التي لم تمطر فجاءها السيل فملأها ، (الجلد) : الأرض الصلبة ، يقول : ليس في الدار شيء إلا محابس الخيل قد خفي أثرها فلا أتبينها إلا بعد جهد ، الشاهد أنه استثنى الأواري من أهل القرية وليست من جنسها . انظر ديوان النابغة الذبياني تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم ط دار المعارف (١٥/١٤) ، كتاب سيبويه لابن قنبر (٣٢١/٢) ، وأوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك (٢٦٣/٢) ، وشرح الأشموني على ألفية ابن مالك (٤٣٥/٢) .

١٥٦٤٠ - قلنا : هذا كلام لا تعرفه لغة العرب في الاستثناء وإنما سمي الاستثناء المنقطع ، وتكون بمعنى لغته. فأما أهل الحجاز فيقولون : إنه ليس باستثناء والقرآن [١] بلغتهم نزل ، ولهذا قال : إلا إبليس بالنصب ، وقال : سلاما [٢] ولم يعدلوا ، لأن البدل [٣] لا يكون إلا من الجنس .

١٥٦٤١ - فأما بنو تميم [فيقولون] [٤] فإنها وجدت علاقة أبدلت ورفعت [٥] .

١٥٦٤٢ - حكى سيبويه [٦] عنهم : لا أحد فيها إلا حمار واحد [٧] لا يقع إلا على من يعقل ، إلا أنهم قالوا : معناه ليس فيها شيء إلا حمار .

---

(١) القرآن مصدر بمعنى القراءة وفي الاصطلاح : كلام الله تعالى المعجز المنزل على الرسول ﷺ بواسطة جبريل الأمين المكتوب في المصاحف المنقول إلينا نقلاً متواترًا المتعبد بتلاوته المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس . انظر إرشاد الفحول (١٤١/١) ، دراسات حول القرآن والسنة للدكتور شعبان إسماعيل ١٧ ، ١٨ ، طبع مكتبة النهضة المصرية .

(٢) بالنصب .

(٣) البدل هو العوض ، وفي الاصطلاح : التابع المقصود بالحكم بلا واسطة . انظر أوضح المسالك (٣٩٩/٣) والتعريفات ص٥٨ .

(٤) ما بين المعكوفين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٥) التحقيق في ذلك إن كان الكلام تامًا ، فإن كان موجبًا وجب نصب المستثنى نحو : ﴿ فَشَرِبُوا مِنْهُ إِلَّا قَلِيلًا مِّنْهُمْ ﴾ من سورة البقرة : الآية رقم (٢٤٩) . وإن كان الكلام غير موجب فإن كان الاستثناء متصلاً فالأرجح اتباع المستثنى للمستثنى منه ، بدل عند البصريين وعطف نسق عند الكوفيين ، فقال البصريون : الاسم الواقع بعد إلا بعد كلام تام منفي إذا أتبع ما قبله فهو بدل بعض من كل . وقال الكوفيون : إن (إلا) حرف عطف بمنزلة لا العاطفة التي تعطي لما بعدها ضد حكم ما قبلها ، والاسم الذي بعدها معطوف عطف نسق بإلا على الاسم الذي قبلها . وإن كان الاستثناء منقطعًا فإن لم يكن تسليط العامل على المستثنى وجب النصب اتفاقًا ، نحو : ما نفع زيد إلا ما ضره إذ لا يقال نفع الضر . وإن أمكن تسليطه فالحجازيون يوجبون النصب وعليه قراءة السبعة في قوله تعالى : ﴿ مَا لَهُم بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِلَّا اتِّبَاعَ الظَّنِّ ﴾ من الآية (١٥٧) سورة النساء . وتميم ترجحه وتجيز الإتباع كقوله : وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس . انظر أوضح المسالك (٢٦١/٢) ، شرح الأشموني (٤٤١/٢ ، ٤٤٢) .

(٦) هو إمام النحاة أبو بشير عمرو بن عثمان بن قنبر ، وهو فارسي الأصل المعروف بسيبويه ، ولد بالبيضاء نحو عام ١٣٨هـ ويقال إن مولده ومسقط رأسه كان بالأهواز ثم هاجر أهله إلى البصرة ونشأ بها ، وتوفي على الراجح سنة ١٨٠هـ . من تأليفاته : الكتاب أو كتاب سيبويه وهو من أجل ما ألف في هذا الشأن ، شيوخه : حماد بن سلمة ، والخليل بن أحمد ، ويونس بن حبيب البصري ، أما تلاميذه : فقد كان لسيبويه تلاميذ كثيرون أبرزهم : الأخفش وقطرب البصري . انظر سير أعلام النبلاء (٣٥١/٨) وإنباه الرواة على أنباه النحاة للقفطي تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم (٣٤٦/٢ - ٣٦٠) ط دار الفكر العربي بالقاهرة ، العبر (٢١٥/١) ، مرآة الجنان (٤٤٥/١) ، شذرات الذهب (٢٥٢/١) ، بغية الوعاة (٢٢٩/٢) ، البداية (١٧٦/١٠) .

(٧) انظر كتاب سيبويه (٣١٩/٢) تحقيق وشرح عبد السلام هارون ، وأوضح المسالك (٢٦١/٢ ، ٢٦٢) شرح الأشموني (٤٤٠/٢ ، ٤٤١) .

١٥٦٤٣ - وقولهم : مالي غياث إلا السيف [١] . وأنشدت بنو تميم قول النابغة .

١٥٦٤٤ - وقالوا : معناه ما بالربع من شيء إلا أواري . وقوله : وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير أنسُ ذلك المكان . ثم اتفق أهل الحجاز وبنو تميم [٢] على أنه ههنا منقطع لا يصح فيه البدل [٣] .

١٥٦٤٥ - فأبو حنيفة عمل على لغة بني تميم أنه ههنا منقطع ، لا يصح فيه البدل ، وجوز استثناء ما ثبت في الذمة .

١٥٦٤٦ - [ومتى قلنا] [٤] : جعل هذا الاستثناء علاقة ، ومشابهة ، ولم يعمل على لغة أهل الحجاز حتى ثبت في الإقرار المتيقن [٥] ما أمكن ، ثم لم يكن بد من بقية شيء لا يصح أن يجعل [مستثنى] [٦] ويكون منقطعا ، لأن هذا باب باتفاق اللغويين / ومتى قلنا بقول الشافعي لم يبق في الكلام منقطعًا بوجه ، وهذا خلاف أهل اللغة .

١٥٦٤٧ - قالوا : استثناء لا يرفع الجملة فوجب أن يصح ، أصله إذا كان من جنسه [٧] .

١٥٦٤٨ - قلنا : نحن لا نسلم أن هذا استثناء ، لأن الخلاف في هذا واقع [٨] .

١٥٦٤٩ - ولأن الاستثناء من الجنس يجوز أن يكون بدلاً ومتى كان من غير الجنس لم يصح أن يكون بدلاً فلم يجز استثناؤه [٩] .

• • •

(١) هكذا في جميع النسخ والصواب : (مالي عتاب إلا سيف) كما في كتاب سيبويه (٣٢٠/٢) .

(٢) في (ع) ، (م) : [اتفقوا على أهل الحجاز وبنو تميم] .

(٣) انظر الكتاب (٣٢١/٢) ، شرح الأشموني (٤٤١/٢) ، أوضح المسالك (٢٦١/٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) في (ع) ، (م) : [المنفي] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م)

(٧) انظر المهذب (٤٤٦/٢) .

(٨) انظر هذا الخلاف شرح الأشموني (٤٤١/٢ ، ٤٤٢) ، أوضح المسالك (٢٦١/٢ ، ٢٦٢) .

(٩) يقول الماوردي : ولأن الاستثناء إذا رجع إلى جملة صار المراد بها ما بقي بعد المستثنى منها فلم يقع الفرق بين أن يكون ما عدا المراد جنسا أو غير جنس . انظر الحاوي الكبير (٢٠/٧) .

مسألة ٧٨١

الإقرار بكذا كذا درهمًا ، كذا وكذا درهمًا

١٥٦٥٠ - قال أصحابنا : إذا قال لفلان عليّ كذا كذا درهمًا لزمه أحد عشر [درهمًا] [١] . وإن قال : كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون درهمًا .

١٥٦٥١ - وقال الشافعي : يلزمه درهم [٢] . وفي كذا و كذا [٣] نقل المزني [٤] عنه درهمان . قال المزني : وقال في موضع آخر : درهم واحد [٥] .

---

(١) كذا اسم مبهم والكاف للتشبيه وذا اسم إشارة ، تقول فعلت كذا وقد تجري مجرى كم فتنصب ما بعده على التمييز . وتقول : عندي كذا وكذا درهما ، وجاء في همع الهوامع كذا اسم مركب من كاف التشبيه وذا اسم إشارة وهو بعد التركيب كناية عن عدد مبهم ككم الخبرية لكن يفارقها في أنها ليس لها الصدر ، تقول قبضت كذا وكذا درهمًا . انظر لسان العرب (٣٨٤٤/٥) ، النظم المستعذب في شرح غريب المهذب (٤٤٥/٢ ، ٤٤٦) ، همع الهوامع شرح جمع الجوامع في علم العربية للسيوطي ط ١٣٢٧هـ على نفقة محمد أمين وشركاه بمصر والأستانة (٧٦/٢) .

(٢) انظر بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) ، مختصر اختلاف العلماء لأبي بكر الرازي الجصاص (٢٢١/٤) ، الهداية (١٨١/٣) ، اللباب في شرح الكتاب (٧٧/٢) ، تبيين الحقائق (٦/٥) ، الجوهرة النيرة لمختصر القدوري (٢٥٠/١) ، المبسوط (٩٨/١٨) . وبه قال الإمام مالك : جاء في حاشية الدسوقي ولزمه في كذا وكذا بالعطف أحد وعشرون لأن المعطوف في العدد من إحدى وعشرين إلى تسعة وتسعين فيلزمه المحقق وهو مبدؤها ، وفي كذا كذا بلا عطف أحد عشر ، لأنه المحقق إذ العدد المركب من أحد عشر إلى تسعة عشر فيلغي المشكوك انظر حاشية الدسوقي (٤٠٦/٣ ، ٤٠٧) ، الخرشي (٩٤/٦) .

(٣) أي في كذا كذا بلا عطف يلزمه درهم وبه قال الحنابلة . انظر الحاوي الكبير (٢٧/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٣١٨/٥) والإنصاف (٢١٤/١٢) .

(٤) هو أن يقول : على كذا وكذا فهذا إقرار بشيئين لدخول واو العطف بينهما . فقال الشافعي ههنا يلزمه درهمان . وحكى المزني عنه أنه قال في موضع آخر أنه يلزمه درهم واحد . انظر مختصر المزني مع كتاب الأم (١٢/٣) ، مغني المحتاج (٢٤٩/٢) ، الوجيز (١٩٨/١) ، روضة الطالبين (٣٧٦/٤ ، ٣٧٧) ، المهذب للشيرازي (٤٤٥/٢) ، الحاوي الكبير (٢٧/٧) . وقال الحنابلة في كذا وكذا درهم بالرفع يلزمه درهم واحد ، لأنه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهمًا فصار كأنه قال : درهما درهم وإن قال درهمًا بالنصب ففيه ثلاثة أوجه : أحدها : يلزمه درهم واحد وهو قول أبي عبد الله بن حامد والقاضي واختاره ابن عبدوس وهو المذهب ، والثاني : يلزمه درهم وهو اختيار أبي الحسن التميمي ، والثالث : يلزمه أكثر من درهم . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣١٨/٥ - ٣٢٠) ، الشرح الكبير مع المغني (٣٤١/٥ - ٣٤٤) ، الإنصاف (٢١٤/١٢ ، ٢١٥) .

(٥) هو الإمام أبو إبراهيم إسماعيل بن يحي بن إسماعيل بن عمرو بن مسلم المزني المصري الشافعي فقيه مجتهد =

١٥٦٥٢ – واختلف أصحابه فمنهم من قال : فيها قولان ، ومنهم من قال يلزمه درهم قولاً واحدًا . والذي قال درهم إذا نوى [(١)] .

١٥٦٥٣ – ومنهم من قال : منصوص الشافعي [(٢)] في الإقرار أنه إذا قال : كذا وكذا درهما [بالنصب لزمه درهمان] [(٣)] وإن قال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد [(٤)] .

١٥٦٥٤ – لنا : أن قوله كذا [(٥)] عبارة غير عدد ، فإذا قال كذا كذا فهي جملة

= صحب الشافعي وحدث عنه ، ولد سنة ١٧٥هـ وكان زاهدًا ورعًا قانعًا ، من مصنفاته الجامع الكبير والجامع الصغير والمختصر والمسائل المعتبرة والترغيب في العلم وغيرها ، توفي رحمه الله لست بقين من شهر رمضان سنة ٢٦٤هـ ، والمزني نسبة إلى مزنة قبيلة مشهورة في مصر . انظر طبقات الشافعية الكبري للسبكي (٢٣٨/١) ، الفهرست ٣١٢ ، وفيات الأعيان (١٩٦/١) ، طبقات الفقهاء للشيرازي ص٩٧ ، شذرات الذهب (١٤٨/٢) ، معجم المؤلفين (٢٩٩/٢) .

(١) قال الإمام المزني إن المسألة على قولين ، أحدهما : يلزمه درهمان لأن كذا وكذا شيئان ، فأوجب تفسيرهما بالدرهم أن يكونا درهمين . والقول الثاني : هو اختيار المزني يلزمه درهم واحد ، لأن كذا يقع على أقل من درهم فيصير شيئان درهمًا . الحاوي الكبير (٢٧/٧ ، ٢٨) ، مختصر المزني مع كتاب الأم (١٢/٣) . وانظر الحاوي (٢٨/٧) .

(٢) منصوص الشافعي رحمه الله عليه : هو ما نص عليه في أحد كتبه لكن في مقابله وجه ضعيف أو قول مخرج ، وسمي نصًا لأنه مرفوع إلى الإمام من نصصت الحديث إذا رفعته . انظر تحفة المحتاج (٤٨/١) ، نهاية المحتاج (٥٠/١) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، وإن السياق يقتضيه ، فإنه مذكور في المهذب للشيرازي ٤٤٥/٢ .

(٤) وقد نص الشافعي على ذلك . انظر المهذب للشيرازي (٤٤٥/٢) ، الحاوي الكبير (٢٨/٧) .

(٥) أقوال العلماء فيمن قال لفلان على كذا درهم : عند الحنفية لو قال المقر على كذا درهمًا يلزمه درهم ، وبالخفض يلزمه مائة درهم . وعند المالكية : بالنصب يلزمه عشرون لأن العدد غير مركب من عشرين إلى تسعين إنما يميز بالواحد المنصوب فيلزمه المحقق وهو أقله ، ويلغى المشكوك فإن رفعه أو وقف بسكون الميم لزمه درهم واحد ، لأنه المحقق ، لأنه بدل أو بيان لكذا ، أو خبر عن مبتدأ محذوف . ولو خفضه لزمه مائة . ولو جمعه لزمه ثلاثة دراهم ، وهذا إن كان المقر نحويًا وإلا طلب منه التفسير ، لأن العرف ليس جاريًا على قانون اللغة الفصحى . ولذا قال سحنون : لا أعرف هذا بل يقبل تفسيره . وعند الشافعية : فإن قال له على كذا رجع في التفسير إليه لأنه مبهم ، كما لو قال : له على شيء . وإن قال له على كذا درهم بالنصب والرفع والخفض والوقف يلزمه درهم واحد ، لأنه فسر المبهم بالدرهم . وعند الحنابلة : في حالة النصب والرفع يلزمه درهم ، وفي حالة الجر والوقف يلزمه جزء الدرهم . وقال القاضي يلزمه في جميع الحالات درهم واحد ، وإن قال المقِرُّ للمقَرِّ له : على كذا يرجع في التفسير إليه ، لأنه أقر بمبهم ، فصار كما لو قال له على شيء . انظر الهداية (١٨١/٣) ، نتائج الأفكار (٣٣٣/٨) ، حاشية الدسوقي (٤٠٦/٣) ، الذخيرة (٢٩١/٩) ، المهذب (٤٤٥/٢) ، مغني المحتاج (٢٤٨/٢) ، الحاوي الكبير (٢٦/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٣١٨/٥) .

رتبها على جملة من غير عطف ، وفسرها بقوله درهما ، وأقل ذلك أحد عشر درهمًا ، وأكثره تسعة عشر [درهمًا] [١] وإذا قال كذا وكذا ، فقد ذكر جملتين عطف إحداهما على الأخرى بواو العطف ، فإذا فسره بدرهم فأقله أحد وعشرون درهمًا [٢] وأكثره تسعة وتسعون [درهمًا] [٣] فثبت النص المتيقن [٤] فهذا ترتيب صحيح [٥] .

١٥٦٥٥ - ذكره ابن كيساني [٦] وذكره أبو سعيد [٧] في الإقناع [٨] وفرع عليه .

١٥٦٥٦ - وقال أبو علي [٩] : هذا قياس حسن ولكن العرب لم تتكلم

(١ ، ٢) ما بين المكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) ما بين المكوفتين ساقط من جميع النسخ والسياق يقتضيه .

(٤) في (ع) ، (م) : [النص] .

(٥) انظر بدائع الصنائع (٢٢٢/٧) ، الهداية (١٨١/١) ، نتائج الأفكار (٣٣٢/٨) ، حاشية الشلبي (٦/٥) .

(٦) هو أبو الحسن محمد بن أحمد بن كيسان البغدادي النحوي صاحب التصانيف في القراءات والغريب منها كتاب غريب الحديث وكتاب البرهان وكتاب الحقائق وكتاب الوقف والابتداء وكتاب القراءات وكتاب مختصر النحو وكتاب معاني القرآن وغيرها من الكتب ، توفي في ذي القعدة سنة ٢٩٩هـ ، وقال ابن مجاهد : كان ابن كيسان أنحى من الشيخين المبرد وثعلب ؟ انظر العبر (٤٣٧/١) ، البداية والنهاية (١١٧/١١) ، شذرات الذهب (٢٣٢/٢) ، الفهرست ص١٢٠ .

(٧) هو أبو سعيد الحسن بن عبد الله بن المرزبان السيرافي النحوي المعروف بالقاضي ، سكن بغداد وتولى القضاء بها وكان أبوه مجوسيًا فأسلم وسماه عبد الله ، ولد عام ٢٨٤هـ وكان رأسًا في النحو بصيرًا بمذهب الإمام أبي حنيفة ، قرأ القرآن على ابن مجاهد وأخذ اللغة عن ابن دريد ، والنحو عن ابن السرّاج ، وكان ورعًا يأكل من النَّسخ . وقد شرح كتاب سيبويه ، ولكنه لم يكمله ثم كمله ابنه يوسف ، وله كتاب ألفات القطع والوصل ، وكتاب أخبار النحويين البصريين ، وكتاب الإغناء في النحو ، وكتاب جزيرة العرب ، وغيرها . توفي يوم الاثنين في رجب ببغداد سنة ٣٦٨هـ . انظر البداية والنهاية (٢٩٤/١١) ، العبر (١٢٨/٢ ، ١٢٩) ، شذرات الذهب (٦٥/٣ ، ٦٦) ، وفيات الأعيان (٤١٥/١ - ٤١٧) ، مرآة الجنان (٣٩٠/٢ ، ٢٩١) ، الفهرست ٩٣ .

(٨) الإقناع في النحو لأبي سعيد الحسن بن عبد الله السيرافي النحوي ، ولم يكمله ثم كمله ولده الجمال يوسف النحوي المتوفى سنة ٣٨٩هـ بعد وفاة أبيه وكان يقول وضع والدي النحو في المزابل بالإقناع أي سهله جدًا حتى لا يحتاج إلى مفسر ، وهو شرح كتاب سيبويه . انظر كشف الظنون لحاجي خليفة (١٤٠/١) ، الفهرست لابن النديم ٩٣ . إلا أن هذا الكتاب مفقود .

(٩) هو أبو علي الحسن بن أحمد بن عبد الغفار بن محمد الفارسي النحوي ، ولد عام ٢٨٨هـ بمدينة فسا من أعمال فارس وإلى فسا ينسب ايضا فيقال أبو على الفسوي ، واشتغل ببغداد ودخل إليها سنة ٣٠٧ ، وكان إمام وقته في النحو ، أقام بحلب عند سيف الدولة بن حمدان مدة وكان قدومه عليه عام ٣٤١هـ وجرت بينه وبين المتنبي مجالس ثم انتقل إلى بلاد فارس . من تصانيفه : كتاب التذكرة ، كتاب المقصور والممدود ، كتاب الحجة في القراءات ، كتاب العوامل المائة ، المسائل الحلبيات والبغداديات ، والشيرازيات وغيرها . توفي =

[به][1] وهذا لا يقدح فيما قلنا ، لأنه إذا كان على قياس كلامهم وجب اعتباره وحمل الإقرار عليه .

١٥٦٥٧ - ولأن له مدخلًا في القياس ، وقد نص عليه مَنْ قوله حجة [2] في العربية وهو ابن كيسان وأبو سعيد . وما قاله مخالفنا لا يدل قياس العربية عليه ، ولا حُكِي عن أحد من أهل اللغة ، فسقط حكمه .

١٥٦٥٨ - وقد أنكر أبو علي قولنا في كذا درهم وقال : إن ذا معرفة في التوحيد والتثنية ، والمعرفة لا يصح إضافتها . وهذا كلام صحيح إلا أن محمدًا لا يسقط حكم الإقرار لغلط القرون في العربية فاعتبر قياسه لو صحت الإضافة [3] .

١٥٦٥٩ - احتجوا : بأن كذا كذا مبهم يحتمل درهمًا وأقل منه وأكثر وغير ذلك من أجناس المال ، فإذا قال درهمًا فقد فسره بدرهم ، فوجب أن يلزمه درهم واحد ، وإذا عطف عليه بالواو فقال : كذا وكذا درهمًا احتمل أن يكون تفسيرًا لهما ، فيكون درهمًا واحدًا ، ويحتمل أن يكون تفسيرًا لكل واحد منهما ، فيكون درهمين فخرج منقولان [4] .

١٥٦٦٠ - الجواب : أن قوله : كذا وكذا يتناول عددًا مبهمًا مثل كم ، هكذا ذكر أبو الحسن الأخفش [5] فقد ذكر عددًا مبهمًا يزيد عليه عددًا مبهمًا ، ودرهمًا ، تفسيرًا

=يوم الأحد ١٧ من ربيع الآخر سنة ٣٧٧هـ ببغداد . انظر البداية والنهاية (٣٠٦/١١) ، الكامل لابن الأثير (١٣١/٧) ، النجوم الزاهرة (١٥١/٤) ، العبر (١٤٩/٢) ، وفيات الأعيان (٤١٧/١ - ٤٢٠) ، الفهرست لابن النديم ص٩٥ .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٢) الحجة لغة : الدليل والبرهان وقيل ما دفع به الخصم ، وحجه يحجه حجًا أي قبله على حجته ، واحتج بشيء أي اتخذه حجة . قال الإمام الزركشي نقلًا عن القاضي أبي الطيب : يسمى الدليل حجة وبرهانًا ، وقيل هما اسم لما دل عليه صحة الدعوى . وقال القاضي الروياني في البحر في الفرق بين الدليل والحجة وجهان ، أحدهما : أن الدليل ما دل على مطلوبك والحجة ما منع من ذلك . الثاني : الدليل ما دل على صوابك والحجة ما دفع عنك قول مخالفك . انظر لسان العرب (٧٧٩/٢) ، البحر المحيط (٣٥/١) .

(٣) انظر مختصر اختلاف العلماء (٢٢٢/٤) . قال أبو جعفر الطحاوي : قوله كذا درهمًا يقتضي عددًا ما ، فإذا قال كذا كذا درهمًا ، فهما عددان يتناولهما هذا الاسم ، وأقله أحد عشر وأكثره تسعة عشر ، فألزمناه الأقل وإن قال كذا وكذا فقد أدخل بين الكلمتين واو العطف فيكون أقلُّه أحد وعشرون .

(٤) انظر في هذا المعنى الحاوي الكبير (٢٦/٧ ، ٢٧) ، المهذب (٤٤٥/٢) .

(٥) هو أبو الحسن سعيد بن مسعدة البلخي النحوي النجاشي بالولاء ، الأخفش الأوسط ، إمام العربية ، كان =

له ، والتفسير يقع لواحدة [1] نكرة من الجنس فلم يصح أن يكون التفسير كل المفسر وهذا يسقط كلامهم .

١٥٦٦١ - فإن قيل : لو قال لفلان عليّ كذا وسكت وقال : أردت به درهمًا واحدًا صح فدل على أنه يتضمن الواحد .

١٥٦٦٢ - قلنا : كذا [2] يقتضي العدد فلا بد أن يفسره بعدد ، والواحد ليس بعدد إلا أنه يقبل قوله لأنه يتضمن عددًا من الدوانيق [3] والحبات لو فسر الإقرار بها صح . فأما إذا قال كذا وكذا درهما فقد أقر بعدد فسره بواحد من جنسه فلا بد أن يكون العدد دراهم [4] فأما الدرهم الواحد فهو خلاف اللغة لا محالة .

= يقول : ما وضع سيبويه في كتابه شيئًا إلا وعرض عليّ ، وكان يرى أنه أعلم مني وأنا اليوم أعلم منه ، وقد كان مبتكرًا حيث زاد في العروض بحر الخبَب على الخليل بن أحمد الفراهيدي ، من مصنفاته كتاب الأوسط في النحو وتفسير معاني القرآن ، وكتاب الاشتقاق والعروض والقوافي وكتاب معاني الشعر وكتاب الملوك وكتاب الأصوات وكتاب المسائل الكبير والصغير وغيرها . والخفش في اللغة ضعف في البصر وضيق في العين، وقيل صغر في العين خلقة ، وقيل فساد في جفن العين واحمرارها توفي ﷺ سنة ٢١٦هـ . انظر سير أعلام النبلاء (٢٥٦/١٥) ، شذرات الذهب (٣٦/٢) ، بغية الوعاة (٥٩٠/١ ، ٥٩١) ، أنباه الرواة (٣٩/٢) ، مفتاح السعادة (١٥٨/١ ، ١٥٩) .

(١) في (ع) ، (م) : [لواحد بحذف تاء التأنيث] .

(٢) في (ص) : [لذا] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٣) الدوانيق : جمع الدانق ، والدانق : قيراطان معرب ، وهو سدس درهم وعند اليونان حبتا خرنوب لأن الدرهم عندهم اثنتا عشرة حبة خرنوب . والدانق الإسلامي حبة خرنوب وثلثا حبة خرنوب فإن الدرهم الإسلامي ست عشرة حبة خرنوب وتفتح النون وتكسر . وبعضهم يقول الكسر أفصح ، وجمع المكسور أي دانق ودانق ، وجمع المفتوح دوانيق بزيادة ياء قاله الأزهري ، وقيل كل جمع على فواع ومفاع يجوز أن يمد بالياء فيقال : فواعيل ومفاعيل ، والأخير شاذ . انظر المصباح المنير (٢٤٣/١) مادة دنق ، لسان العرب (١٤٣٣/٢) ، المغرب في ترتيب المعرب للمطرزي ص١٦٩ .

(٤) لمزيد بيان في معنى كذا واستعمالاتها انظر ما جاء في ارتشاف الضرب من لسان العرب لأبي حيان الأندلسي وأما كذا فالكاف للتشبيه وذا اسم إشارة للمفرد المذكر فإن العرب استعملتها كناية عن عدد وعن غير عدد ، وفي كلتا الحالتين تكون مركبة ، وكذلك لا يثنى ولا يجمع ولا يؤنث ولا يتبع بتابع ولا نعت ولا عطف بيان ، ولا تأكيد ولا بدل ولا عطف نسق ، وإذا كانت كناية عن العدد فمذهب البصريين أن تمييزها يكون مفردًا سواء كانت مفردة أم معطوفة العدد ، وأريد بها عدد قليل أو كثير ، فتقول : له عندي كذا درهمًا وله عندي كذا وكذا درهمًا . ومذهب الكوفيين أنها تفسر به العدد الذي هي كناية عنه فمن الثلاثة إلى العشرة بالعدد المخفوض نحو له عندي كذا جوار . وتفرد في المركب بالمفرد المنعوت ، وتركب كأن تقول : له عندي كذا وكذا درهمًا ، وفي العقود بالمفرد المنعوت ، وتكون هي معطوفة على مثلها تقول : له عندي كذا =

١٥٦٦٣ - فإن قيل في الدراهم هلا حملتموه على عشرة دراهم كما قال الفراء [1] .

١٥٦٦٤ - قلنا : لأن كذا عدد وقد فسره بواحد منكر من جنسه ، فدل على أنه أقر بجملة من الدراهم أضافها إلى درهم وأقل ذلك مائة .

• • •

= وكذا درهمًا . وعن المائة والألف بالمفرد المجرور وتفرد هي نحو له كذا درهم . وقد وافق الكوفيون الأخفش على هذا المذهب فيما نقله صاحب البسيط والمبرد وابن الدهان وابن معد . وذهب الأخفش وابن كيسان والسيرافي فيما نقله أبو بكر عتيق بن داود اليماني إلى موافقتهم في المركب والمعطوف . واضطرب أبو علي فمرة قال بقول البصريين ومرة بقول الكوفيين . انظر ارتشاف الضرب من لسان العرب لأبي حيان الأندلسي تحقيق وتعليق د/ مصطفى أحمد نحاس (٣٨٨/١ - ٣٩٠) . ط مطبعة المدني المؤسسة السعودية بمصر القاهرة .

(١) هو أبو زكريا يحيى بن زياد بن عبد الله بن منذور الأسلمي الكوفي النحوي ، كان يقال له أمير المؤمنين في النحو . ولد سنة ١٤٤هـ ونزل بغداد وحدث عن قيس بن الربيع وأبي الأحوص ، وهو أجل أصحاب الكسائي وكان رأسًا في النحو وفي اللغة بحرًا ، وباختلاف القوم عارفًا وفي الطب خبيرًا وبأيام العرب وأشعارها حاذقًا ، صنف الفراء للمأمون كتاب الحدود في النحو ، وله كتاب المعاني والمصادر في القرآن والجمع والتثنية في القرآن والوقف والابتداء ، وله كتاب النوادر وغير ذلك من الكتب ، كان يؤدب ابني المأمون وتوفي سنة ٢٠٧هـ في طريق مكة وعمره ٦٣ سنة . انظر وفيات الأعيان (٢٢٥/٥ - ٢٣٠) ، شذرات الذهب (١٩/٢ ، ٢٠) ، البداية والنهاية (١٠ ، ٢٦١) ، الفهرست لابن النديم (٩٨ ، ٩٩) ، معجم المؤلفين (١٩٨/٣) .

هل ديون الصحة وديون المرض سواء في القضاء ؟

١٥٦٦٥ - قال أصحابنا : إذا كان على المريض [١] دين أقر به في صحته ثم أقر بديون في مرضه ، قدمت ديون الصحة [٢] في القضاء [٣] فما فضل عنها كان لديون المرض [٤] .

١٥٦٦٦ - وإن لزمه دين في المرض ببينة أو بابتياع بمعاينة أو بنكاح كانت كديون الصحة [٥] .

١٥٦٦٧ - وقال الشافعي : ديون الصحة والمرض سواء لا يقدم بعضها [٦] .

---

(١) المريض هنا هو المريض مرض الموت ، وحده الذي تطبق عليه هذه الأحكام أن يكون مما يمنع صاحبه من القيام بحاجته كما يعتاده الأصحاء وأن يكون نفس المرض مما يخاف منه الهلاك غالبًا . وأن يتصل به الموت فعلاً . فهذه ثلاث صفات لابد من تحقيقها كلها بحيث لو لم تتحقق واحدة منهن لم يعتبر المرض مرض الموت . وقد عبر عنه بعض الفقهاء بتعبيرات مختلفة . قال الفقيه أبو الليث : المريض مرض الموت هو أن لا يقدر أن يصلي قائمًا . وقيل من عجز عن قضاء حوائجه خارج البيت فهو مريض ، والمختار ما كان الغالب منه الموت وإن لم يكن صاحب فراش . انظر ذلك في حاشية اللباب في شرح الكتاب (٤٨/٢) ، حاشية الطحطاوي على الدر المختار (٣٣٩/٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٦١/٤) .

(٢) هي ما كان ثبوتها بالبينة أو بالإقرار في حال الصحة .

(٣) أي في أداء الدين .

(٤) ما كان ثبوتها بإقراره في مرض موته . انظر حاشية مختصر الطحاوي ص١١٦ .

(٥) أي ما لزمته بأسباب معلومة . راجع ذلك مختصر الطحاوي ص١١٦ ، بدائع الصنائع (٢٢٥/٧) ، المبسوط (٢٥٤/١٨) ، تبيين الحقائق (٢٣/٥) ، الهداية (١٨٩/٤) ، البناية على الهداية (٥٨٧/٧) ، البحر الرائق (٢٢٧/٧) ، اللباب في شرح الكتاب (٨٤/٢) ، نتائج الأفكار (٣٨٠/٨) ، رؤوس المسائل للزمخشري ص٣٤٠ .

(٦) انظر الحاوي الكبير (٢٨/٧) ، المهذب (٤٤٠/٢) ، مغني المحتاج (٢٤٠/٢) . وبقول الشافعية قال ابن أبي ليلى والمالكية والحنابلة . انظر المبسوط (٢٦/١٨) ، حاشية الدسوقي (٣٩٩/٣) ، الذخيرة (٢٦٠/٩) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٤٣/٥) ، شرح منتهي الإرادات (١٧٨٣/٥) ، الفروع لابن مفلح (٦١٠/٦) ، الإنصاف (١٣٤/١٢) . قال القرافي : « إذا أقر المريض لأجانب لا يتهم عليهم وأقر لبعضهم في الصحة ولبعضهم في المرض وضاقت التركة استووا في المحاصة » وقال ابن قدامة في المغني : « فإن أقر لأجنبي بدين في مرضه وعليه دين ثبت ببينة أو إقرار في صحته وفي المال سعة لهما فهما سواء ، وإن ضاق عن قضائهما فظاهر كلام الخرقي أنهما سواء وهو اختيار التميمي » .

١٥٦٦٨ - لنا : أنه مال أوجبه في حال مرضه لا يعلم سببه إلا بقوله ، فكان دين الصحة أولى . أصله هبته [(١)] ومحاباته [(٢)] .

١٥٦٦٩ - فإن قيل : لا يمنع أن ينفذ إقراره ، وإن لم ينفذ تبرعه ، بدلالة أن ما زاد على الثلث لا يجوز تبرعه به ، ولو أقر به جاز .

١٥٦٧٠ - قلنا : إذا لم يكن عليه دين فتبرعه جائز في محل التبرع [وهو الثلث ، وإقراره جائز في محل الإقرار وهو جميع المال فإذا كان عليه ديون الصحة منعت تبرعه في محل التبرع] [(٣)] ، ومنعت إقراره في محل الإقرار ، وهو المال كله .

١٥٦٧١ - ولأن الإقرار إنما ينفذ في جميع المال ؛ لأن المانع من تصرف المريض حق الوارث وبالدين تبين أنه لا حق للوارث ، وأما التبرع فالمانع منه ديون المريض وبالإقرار الثاني لا يتبين أنه لم يكن للغريم الأول حق ، بل حقه ثابت ، فمنع من الإقرار المسقط لحقه من التبرع .

١٥٦٧٢ - ولأن حالة الصحة حال إطلاق بدليل جواز التصرف بكل وجه ، وحال المرض حال حجر ، بدلالة أن التبرع لا ينفذ فيها كما ينفذ في حال الصحة ، ودين الإطلاق مقدم على دين الحجر إذا لم يعلم سببه [(٤)] .

١٥٦٧٣ - أصله ؛ العبد المأذون إذا أقر ثم حجر عليه فأقر [(٥)]

---

(١) الهبة لغة : العطية الخالية من الأعواض فإن كثرت سمي صاحبها وهّابًا وهي التبرع بما ينفع الموهوب له ، وقد تكون بالعين وقد تكون بالدين وقد تكون بغير المال ، وفي الاصطلاح : هي تمليك المال بلا عوض ، أو تمليك العين مجانًا . انظر لسان العرب (٤٩٢٨/٦) ، المصباح المنير (٨٤٣/٢) مادة وهب ، طلبة الطلبة ص٢٣٢ ، البناية على الهداية (٧٩٦/٧) ، حاشية الطحاوي (٣٩٢/٣) .

(٢) المحاباة في اللغة : ما يحبو به الرجل صاحبه ويكرمه به ، حبا الرجل حبوة أي أعطاه ومنها حبوت الرجل حباء ، أي أعطيته بغير عوض ، ومنه بيع المحاباة وهي إذا باع شيئًا قيمته عشرة دراهم بسبعة فكأن في حق سبعة أجزاء من عشرة أجزاء منه مبادلة مال بمال وفي حق ثلاثة أجزاء من العشرة منه هبة وعطاء لخلوها عن البدل معنى . ولذلك ألحق بالهبات في حق المريض مرض الموت ، واعتبر خروجه من الثلث . انظر لسان العرب (٧٦٦/٢) ، المصباح المنير (١٦٤/١ ، ١٦٥) ، طلبة الطلبة ص١٦٤ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) انظر المبسوط (٢٦/١٨) ، تبيين الحقائق (٢٥/٥) .

(٥) الإقرار الأول في حالة الإذن والإطلاق يصح اتفاقًا ، أما في الحالة الثانية وهي حالة الحجر والتقييد فلا يصح عند الصاحبين ، وسواء أقر بغصب أو أمانة أو أقر بدين . أما إذا حجر على العبد المأذون له فإقراره جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقر بدين عليه =

١٥٦٧٤ - ولأن الدين تارة يثبت على حُرّ وتارة يثبت على عبد ؛ فإذا كان لأحدهما [١] حالتان يقدم إقراره في إحداهما على الأخرى لمعنى يعيد إلى حالة المداينة كذلك الآخر .

١٥٦٧٥ - فإن قيل : العبد المحجور لا يملك سبب المداينة فلم يملك الإقرار بالدين .

١٥٦٧٦ - قلنا : المريض إنما يملك السبب الذي هو المعاوضة ، فإن أعملنا [٢] المعاوضة صح الإقرار . وإذا لم يعملها [٣] ببدله وهو إخراج ما له بغير عوض في الظاهر ، وهو لا يملك هذا المعنى .

١٥٦٧٧ - و [٤] لأن دين الصحة أقوى بدلالة أنه يثبت في حالة لا يقف شيء منها من التصرف بعوض وبغير عوض ، ودين المرض ثبت في حال ينفذ فيها بعض التصرف دون بعض ، والحقوق في مال المريض يقدم منها الأقوى على الأضعف ، بدلالة أنه يقدم الكفن على الديون والديون على المواريث [٥] .

١٥٦٧٨ - ولأنه أقر بدين في مرض موته فوجب أن يؤخر عن ديون صحته . أصله المريض المحجور عليه [٦] لسفه أو دين [٧] .

= فيقضي ما في يده ، وقال : لا يصح إقراره انظر الهداية (٧/٤) ، الاختيار (١٣٦/٢) ، مختصر الطحاوي ص ٤٢٤ ، ٤٢٥ ، تكملة حاشية ابن عابدين (١٦٣/٨) ، حاشية الطحاوي (٣٤٠/٣) .

(١) أي الحجر والإطلاق .

(٢) في (ع) ، (م) : [فإن علمنا] .
(٣) في (ع) ، (م) : [لم يعلمها] .

(٤) حرف الواو ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٥) انظر هذا المعنى في المبسوط (٢٨/١٨) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٣٠٢/٢) .

(٦) هكذا في جميع النسخ الصواب حذف كلمة المريض لأنه يقيس المريض على السفيه والمفلس ، لعل الصواب أن يعبر عنه الشخص المحجور عليه لسفه أو دين .

(٧) السفه لغة : خفة العقل وقيل الجهل . والسفيه : خفيف العقل ، والجمع سفهاء . والأنثى سفيهة والجمع سفيهات . انظر لسان العرب (٢٠٣٢/٣) ، المصباح المنير (٣٨٠/١) . وفي اصطلاح الفقهاء ، عبارة عن التصرف في المال على خلاف مقتضى الشرع والعقل مع قيام العقل . انظر شرح المنار ص٩٨٨ ، بدائع الصنائع (١٧١/٧) . من الملاحظ أن الحجر على السفيه ليس مصادرة لحريته ولا تعطيلاً لإرادته بل حماية لماله ثم هو تقدير للمال وصيانته ، وهو كذلك تربية حكيمة وأسلوب عملي للدولة في رعاية مالها العام سواء أكان في يد الأفراد أم في بيت المال العام . انظر : السياسة المالية في الإسلام للأستاذ عبد الكريم الخطيب ص١٢١ ، ط دار الفكر العربي . ويحجر القاضي على السفيه وإن كان كبيرًا ، لماله ، إما لإنفاقه باتباعه لشهوته وإما لعدم معرفته بمصالحه وإن كان صالحاً في دينه . وقد اختلف العلماء في الحجر على السفيه على قولين ، الأول : هو قول جمهور الفقهاء ومنهم الصاحبان من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة أنه يحجر =

١٥٦٧٩ - قالوا : فيه قولان أحدهما : أنه إذا أقر صح إقراره وساوى الديون التي حجر عليه لأجلها (١)

١٥٦٨٠ - قلنا : هذا غلط ؛ لأنه يبطل معنى الحجر فلا يكون فيه فائدة ، لأن المريض مع دين الصحة لا يملك إخراج شيء من ملكه بغير عوض يحصل [له] (٢) أو منفعة يختص بها في نفسه .

١٥٦٨١ - والإنسان يملك الإقرار بما يملك إيجابه (٣) .

١٥٦٨٢ - ألا ترى أن الوكيل بعد العزل (٤) لا يقبل (٥) إقراره [بالبيع ، لأنه لا يملك إيجابه وكذلك الزوج إذا أقر بالرجعة (٦) ....

= على السفيه ، والسفه سبب في الحجر عليه ، إلا أن الصاحبين أبا يوسف ومحمد اختلفا في الحجر عليه ، فقال أبو يوسف : إن السفيه لا يصير محجورًا إلا بحجر القاضي عليه ، وقال محمد : ينحجر بنفس السفه من غير حاجة إلى حجر القاضي . والقول الثاني : هو قول الإمام أبي حنيفة وصاحبه زفر بن الهذيل وأنه لا يحجر على الحر العاقل البالغ وإن كان سفيهًا ينفق ماله فيما لا مصلحة له فيه . يلاحظ أن الإمام أبا حنيفة وزفر بن الهزيل حصرا أسباب الحجر في ثلاثة ، وهي : الجنون ، والصبا ، والرق . انظر بدائع الصنائع (١٧٠/٧) ، تكملة فتح القدير (٣١٠/٧) ، القواعد الفقهية ص٢٧٥ ، مغني المحتاج (١٧١/٢) ، المغني (٤٢٦/٤) .

(١) إقرار السفيه ينقسم إلى ثلاثة أقسام : ١ - قسم يتعلق ببدنه ويصح منه كإقراره بما يوجب حدًّا أو قودًا .
٢ - قسم يتعلق بالمال ولا يلزمه لحصول التهمة فيه سواء كان المال عن معاملة أو إتلاف .
٣ - قسم مختلف في لزومه ويشمل شيئين :
أ - جنايات الخطأ على النفوس ففي لزومها قولان . ب - السرقة ففي لزومها ووجوب غرمها بإقراره قولان . انظر الحاوي الكبير (٣٦١/٦) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٣) الإيجاب : من أوجب بمعنى أوقع ، وفي المصباح وجب البيع والحق يجب وجوبًا ، أي لزم وثبت ، ووجب الحائط أي سقط وأوجبت البيع بالألف فوجب ، والإيجاب : ما يصدر من البائع ، والقبول : ما يصدر عن المشتري ، وهذا عند الجمهور ، وأما عند الحنفية فما صدر أولاً من أحد العاقدين هو إيجاب ، وما صدر ثانيًا فهو قبول . انظر فتح القدير (١٠٢/٣) ، شرح الخرشي (٣٦٦/٥) ، نهاية المحتاج (٣٧٥/٣) ، كشاف القناع (١٤٦/٣) ، طلبة الطلبة ص٢٣٦ .

(٤) العزل : خطاب ملزم للوكيل بأن يمتنع عن التصرف بعد العلم به ، فلا يجوز له أن يتصرف بالوكالة ومن ثم لا يجوز إقراره بعد العزل . انظر نتائج الأفكار (١٣٩/٨) بتصرف .

(٥) في (ع) ، (م) : [لا يملك] .

(٦) الرجعة بفتح الراء وكسرها لغتان والفتح أفصح وهي مصدر رجعه يرجعه رجعًا ورجعة أي أعاده ورده ، يقال رجعت الأمر إلى أوائله إذا رددته إلى ابتدائه ومنه مراجعة الرجل أهله . وفي الشرع رد الزوجة إلى زوجها وإعادتها إلى الحالة التي كانت عليها وهي استدامة النكاح ، وللزوج مراجعتها في العدة بغير رضاها ، وتثبت بقوله ، وبكل فعل يثبت حرمة المصاهرة . انظر المصباح المنير (٢٩٩/١) ، معجم مقاييس اللغة (٢٩٨/٢) ، طلبة الطلبة ١٤٨ ، المغرب في ترتيب المعرب ص١٨٤ ، الاختيار (١٠٦/٣ ، ١٠٧) ، الهداية (٦/٢) ، فتح القدير (١٤/٤) .

بعد العدة [1] وإذا ثبت هذا لم ينفذ إقراره] [2] في حق غرماء الصحة ؛ إذ لم يحصل [له] [3] عوض [معلوم] [4] أو منفعة يختص بها في نفسه .

١٥٦٨٣ - فإن قيل : إذا أقر بدين في الصحة [5] ، وأحاط بماله ، فإنه لا يملك بعده إخراج شيء من ملكه بغير عوض . ولو أقر (في المرض و) [6] جاز إقراره تساوى الدينان .

١٥٦٨٤ - قلنا : الدين الأول والثاني في كل واحد منهما حصل وهو ممنوع من إخراج ملكه بغير عوض .

١٥٦٨٥ - لأن التبرع إذا حصل من المريض ثم لحقه دين بطل التبرع فتساوى حكم الدينين [7] فكذلك هنا [8] .

١٥٦٨٦ - وهذه المسألة [مبنية] [9] على أن الدين يتعلق بمال المريض .

١٥٦٨٧ - والدليل عليه أن المريض ممنوع من التبرع في شيء من ماله مع صحة القول ، لأن حق الغير [10] متعلق به . أصله الثلثان في حق الورثة وهذا أصل مسلم ، لأنهم يقولون في حق الورثة ، الذين هم في معلوم الله أنهم ورثته - متعلق بالمال .

---

(١) العدة مأخوذة من العد والإحصاء أي ما تحصيه المرأة وتعده من الأيام والأقراء . واحتساب العدة يبدأ من حين وجود سببها وهو الطلاق أو الوفاة أو الوطء بالشبهة وهي اسم للمدة التي تنتظر فيها المرأة وتمتنع عن التزويج بعد وفاة زوجها أو فراقه لها ، وقد عرفها ابن الهمام بأنها : تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت . أنظر المصباح المنير (٥٤١/٢) ، تهذيب الأسماء واللغات (٧/٣) ، الاختيار (١٤٣/٣) ، فتح القدير (١٣٥/٤) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٥) في (ع) ، (م) : [المرض] .

(٦) ما بين الأقواس في هذه الفقرة زيادة اقتضاها السياق فيما يبدو .

(٧) في (ع) ، (م) : [حكم الدين] .

(٨) تبرعات المريض تعتبر من الثلث كالهبة والعتق والتدبير والمحاباة فيما لا يتغابن فيه والإبراء من الديون وأشباه ذلك . وقد روي عن أبي بكر الصديق ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند موتكم رحمة بكم وزيادة في أعمالكم وحسناتكم » . انظر سنن ابن ماجه باب الوصايا ، ص١٩٩ ، سنن الدارقطني (١٣٤/٤) ، نيل الأوطار (١٧٠/٧) . فدل ذلك على أن المريض لا يستطيع أن يتصرف فيما زاد على الثلث حيث تعلق به حق الورثة والدائنين عملاً بمبدأ سد الذرائع . انظر العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين ٥٤/٢ . ط دار المعرفة بيروت .

(٩) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (١٠) في (ع) ، (م) : [حق الغير] .

١٥٦٨٨ - ولا يلزم المرتد [١] لأنه إذا قبل حكمنا فإن تصرفه [لا] [٢] ينفذ ولأن حق الورثة كان متعلقًا بماله .

١٥٦٨٩ - ولأنه منع من التصرف في المال لحق الغرماء بدليل أنه لولا حقهم نفذ تصرفه وكل حالة منع من التصرف في المال في حق غرماء الصحة كان حقهم متعلقًا بماله . أصله بعد الموت .

١٥٦٩٠ - ولا يلزمه دَيْنُ المرض [٣] لأنه يتعلق بمال المريض عندنا تعلقا مراعى ، ولأن المريض لا يملك أن يخص بعض الغرماء بالقضاء ولولا أن حق الجميع تعلق بالمال ملك القضاء كحال الصحة [٤] .

١٥٦٩١ - فإن قالوا : إنه يملك [القضاء] [٥] كحال الصحة دللنا عليه فقلنا : القضاء فعل يصح في حال المرض ويصح أن يفعل عنه بعد الموت بأمره ، فكان بعد الموت وفي حال المرض سواء كالهبة والعتق والصدقة

١٥٦٩٢ - فإن قيل : إنما يتعذر تبرعه ليس لما ذكرت ، ولكن لأن التبرع من الثلث [ومن عليه دين فلا ثلث لماله . بيان ذلك أنه لو تبرع ولا دين عليه ، ثم لحقه دين بطل ذلك التبرع لأنه لا ثلث لماله] [٦] .

١٥٦٩٣ - قلنا : ما من مال إلا له ثلث ، إلا أن التبرع لم ينفذ في هذا الثلث لتعلق حق الغرماء به . فأما إذا تبرع المريض ولا دين عليه ثم لحقه دين فلأن تبرعه مراعى كموقوف على الموت . فإذا لزمه دين قبل الموت استقر قبل استقرار التبرع فكأنه تقدم عليه في المعنى .

---

(١) الردة لغة : هي من ارتد أي تحول إلى الكفر ، والاسم الردة ، أي عن الإسلام : الرجوع عنه وارتد فلان عن دينه إذا كفر بعد إسلامه ، وفي الاصطلاح إجراء كلمة الكفر على اللسان بعد وجود الإيمان ؛ إذ الردة عبارته عن الرجوع عن الإيمان . وقال ابن جزي من المالكية : هو المكلف الذي يرجع عن الإسلام طوعًا إما بالتصريح بالكفر وإما بلفظ يقتضيه أو بفعل يتضمنه ، ويجب أن يستتاب ويمهل ثلاثة . انظر لسان العرب (١٦٢١/٣) ، المصباح المنير (٣٠٦/١) ، بدائع الصنائع (١٣٤/٧) ، قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزي ص٣٩٤ ط دار العلم للملايين بيروت .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) في (ع) ، (م) : [المريض] .

(٤) انظر هذا المعنى في بدائع الصنائع (٢٢٥/٧) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

١٥٦٩٤ - قالوا : لو تصرف في ماله بالإنفاق على نفسه في ملاذّه ونكاحه نفذ تصرفه ، فلو كان ماله مشغولاً بحق غرمائه لم ينفذ / تصرفه فيه كالرهن [1] . ١٧٩/ب

١٥٦٩٥ - قلنا : لا يمنع أن يتعلق الحق بماله ، ويجوز صرفه في المنافع المختصة ، به كما أنه بعد الموت تتعلق الديون بالتركة بالإجماع ، ولا يمنع ذلك من صرف المال في الكفن ومؤنة الدفن .

١٥٦٩٦ - ولأن ما لابد له منه أَخَذهُ ، وإن كان حقه متعلقا به ، كما يثبت للإنسان أخذ ما يحتاج إليه من مال غيره وما زاد [2] على قدر الحاجة بالشراء [3] [و] [4] لأنه لا يفوت به حق الغرماء فإذا تناوله بعد ذلك صار كإتلافه للرهن .

١٥٦٩٧ - وأما المهر فلا يثبت بقوله لكنه إذا أقر بالنكاح ثبت النكاح ، لأنه يملكه فإذا لزمه وجب المهر من طريق الحكم فصار كالدين المعروف السبب وليس كذلك إذا أقر بالشراء .

١٥٦٩٨ - لأن الشراء لا يجوز أن يثبت ، ثم يثبت حكمًا ، لأنه لا ينفرد عنه وإنما يتعلق الثمن بإقراره وهو لا يملك ذلك من غير عوض يحصل له في الظاهر .

١٥٦٩٩ - قالوا : لو تعلق حقهم بالمال لم يجز تصرفه فيه وإن كان ينمي المال بالتصرف [كالرهن] [5] ولكان إذا وجب عليه دين بالبينة لا يساويه كالرهن [6] .

١٥٧٠٠ - قلنا : المرتهن تعلق حقه بعين الرهن والغرماء تعلق حقهم بعين المال

---

(١) النكت للشيرازي ورقة ٣٠٨ (ب) . (٢) في (ع) ، (م) : [ما زاده] .

(٣) في (ص) ، (ع) : [السري] والصواب ما أثبتناه كما في (م) .

(٤) حرف الواو ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . الرهن لغة : من رهن الشيء يرهن رهونًا : أي ثبت ودام ورهنته المتاع بالدين رهنًا أي حبسته به فهو مرهون والأصل مرهون بالدين فحذف للعلم به وجمعه رهون مثل فلس وفلوس ، ورهان مثل سهم وسهام . انظر المصباح المنير (٣٣٠/١) ، معجم مقاييس اللغة (٤٥٢/٢) وما بعدها والمغرب ص٢٠٣ ، التعريفات ص١٥٠ . وفي الشرع عرفه الحنفية بأنه : جعل الشيء محبوسًا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وعرفه ابن عرفة من المالكية : بأنه ما قبض توثقًا به في دين ، وعرفه الشافعية بأنه : جعل عين مالية وثيقة بدين ليستوفي منها عند تعذر وفائه . وعرفه الحنابلة بأنه هو : المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه . انظر الهداية (١٢٦/٤) ، حاشية الدسوقي (٢٣١/٣) ، الإقناع (٢٣/٢) ، المغني (٢٤٥/٤) ط مكتبة القاهرة .

(٦) انظر في هذا المعنى الإقناع (٢٥/٢) ، المغني (٢٨٨/٤ ، ٢٨٩) .

لا بعينه [١] .

١٥٧٠١ - الدليل على ذلك أن المرتهن يحبس العين ، فلولا أن حقه تعلق بها لم يثبت له حبسها . فأما الغرماء فليس لهم حبس الأعيان وإنما لهم استيفاء الحق منها فلا يمنع ذلك التصرف كحق الفقراء في مال الزكاة ، وكما أن حق الورثة متعلق بالمال وإن لم يمنع التصرف .

١٥٧٠٢ - فأما مشاركة من أقام البينة على دين فلأن حقه ثبت لسبب لا تهمة فيه . وبمثله في الرهن : لو أقام رجلٌ البينة على الدين . والرهن ساوى المرتهن .

١٥٧٠٣ - كذلك إذا أقام بينة على دين ساوى غرماء الصحة . وإذا ثبت أن حق الغرماء يتعلق بماله لم يملك أن يسقط حقهم عن ذلك بمجرد قوله كالدين الذي به رهن .

١٥٧٠٤ - فإن قيل : هذا موجود في دين المريض إذا لزمه ، ثم أقر بدين .

١٥٧٠٥ - قلنا : دين المريض متعلق بالمال ، إلا أنه غير مستقر ، لجواز أن يكون عليه دين في حال الصحة . وإنما يستقر بالموت فيتساوى الدينان في الثبوت .

١٥٧٠٦ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ بَلِ ٱلْإِنسَـٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴾ [٢] أي شاهد ، فدل على قبول قوله على نفسه [٣] .

١٥٧٠٧ - قلنا : قوله مقبول عندنا ، وثبت به الدين عليه ، وإنما يقدم على غيره والآية [٤] لا تدل على ترتيب الديون .

١٥٧٠٨ - احتجوا بقوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ ﴾ [٥] فلولا أن شهادة الإنسان تقبل على نفسه لم يؤمر بها [٦] .

١٥٧٠٩ - قلنا : نحن قد قبلنا شهادته على نفسه وأثبتنا الدين بها ، وإنما نمنع أن تقبل شهادته على غيره - وهم غرماء الصحة - وليس إذا وجب قبول قوله على نفسه

---

(١) هكذا في جميع النسخ لعل صحة العبارة هي تعلق حقهم بالمال لا بعينه .

(٢) من سورة القيامة : الآية رقم (١٤) .

(٣) انظر هذا الدليل في الذخيرة للقرافي (٢٦٠/٩) .

(٤) الآية : طائفة من القرآن يتصل بعضها ببعض إلى انقطاعها طويلة كانت أو قصيرة . انظر كتاب التعريفات ص٦٥ .

(٥) من سورة النساء : الآية رقم (١٣٥) .

(٦) انظر ذلك في أسنى المطالب (٢٨٧/٢) والذخيرة للقرافي (٢٦٠/٩) . وجه الدلالة من الآيتين أن الشهادة على النفس إقرار ، وذلك عام في جميع الأحوال ، ولكل أحد ، والتخصيص يحتاج إلى دليل ولا دليل على ذلك فيبقى على عمومه .

قبل في إسقاط حق غيره .

١٥٧١٠ - ألا ترى أنه لو أقر بملك الرهن لغيره قبل إقراره على نفسه ولم يقبل في إسقاط حق المرتهن .

١٥٧١١ - قالوا : حق لو ثبت عليه بالصفة [التي] [(١)] بيّنا وآخر ثبت له مثله [(٢)] حال الصحة ، فإذا ثبت عليه بالاعتراف وجب أن يساوي من ثبت له مثل حال الصحة . أصله النسب [(٣)] .

١٥٧١٢ - قلنا : لا نسلم أن أحد الدينين مثل الآخر بدلالة أن دينه [(٤)] متعلق بالذمة والمال ودين المرض متعلق بالذمة غير مستقر في المال . وإن سقط هذا الوصف انتقضت العلة ، كدين به رهن [إذا] [(٥)] أقر الراهن بدين آخر لا يساوي الغريم الأول في الرهن . والمعنى في النسب ثبوت الإنسان على الأنساب . وتعلق الحقوق بماله لا يجعله محجورًا [عليه] [(٦)] في الإقرار بسبب آخر ، وليس كذلك الديون ؛ لأن ثبوت الدين قد يؤثر في الحجر ومنع المشاركة [بما يقر به دلالة أن الدين به رهن . ولذلك جاز أن تكون حقوق غرماء الصحة تؤثر في الحجر ومنع المشاركة] [(٧)] بين ديونهم والدين المقر به .

١٥٧١٣ - قالوا : دين ثبت على المريض فوجب أن يساوي ما ثبت مثله في حال الصحة ، كما لو ثبت [بالبينة] [(٨)] ، وكما لو صح من هذا المرض ثم مرض [(٩)] .

١٥٧١٤ - قلنا : لا نسلم أن دين الصحة مماثل لما ثبت] [(١٠)] في حال المرض ؛ فإذا سقط هذا الوصف بطل بدين في الصحة به رهن . ودين أقر به في المرض لا يساوي المرتهن في الرهن والمعنى فيما ثبت [بالبينة] [(١١)] لأن قول الشهود مقبول على المريض

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٢) أي مثل هذا الحق .

(٣) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٩/٧) ، الذخيرة للقرافي (٢٦١/٩) ، النكت للشيرازي ورقة ٣٠٨ (ب) ، وعبارة الماوردي « لأن كل حال يستوي فيها ثبوت النسب بالبينة والإقرار وجب أن يستوي فيها ثبوت الدين بالبينة والإقرار كالصحة » .

(٤) في (ع) ، (م) : [ذمته] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٦ ، ٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٨) البينة هي الحجة الظاهرة . انظر طلبة الطلبة ص١٧٨ .

(٩) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٩/٧) ، مغني المحتاج (٢٤٠/٢) .

(١٠ ، ١١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

وعلى غرمائه فثبت الدين في حقهم فساواهم .

١٥٧١٥ - وأما المقِرُّ فقوله مقبول على نفسه [و] [1] غير مقبول على غرمائه فثبت الاستحقاق في حقه دونهم ؛ فتبين الفرق بينهما في أن المبيع لو استحق من يد المشتري بينة رجع على البائع [2] بالثمن [3] ، ولو أقر المشتري للمدعى لم يرجع على البائع ، وكان [المعنى] [4] فيه : أن البينة مقبولة في حق البائع والمشتري ، وإقرار المشتري مقبول في حقه خاصة .

١٥٧١٦ - فأما قياسهم عليه إذا صح من مرضه فلأنه لو كان تصرف في إخراج ماله من ملكه بغير عوض لم يصح جاز ، وإن أسقط بذلك حق غرمائه . كذلك إذا أقره ، وإذا لم يصح لم ينفذ تصرفه في إخراج شيء من ماله بغير عوض كذلك لا ينفذ قوله في الإقرار المؤدي إلى استحقاق ماله بغير عوض معلوم .

١٥٧١٧ - قالوا : المريض غير متهم فيما اعترف به من الدين [و] [5] العين ، لأنه في حال الحذر من الله تعالى والخروج من المظالم وتجديد التوبة ، وكان أبعد في التهمة من الصحيح ؛ فإذا نفذ إقرار الصحيح فالمريض أولى [6] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٢) البيع ضد الشراء وهو من الأضداد يطلق أحدهما على الآخر ويجمع على البيوع ، والبيع مطلق المبادلة يقع على البيع والشراء ، يقال باع داره أي ملكها غيره بثمن وباع دار فلان بكذا أي اشتراها به وقد قال النبي ﷺ : « المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » إلا أن تكون صفة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقله أخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع في باب خيار المتبايعين (٢٧٣/٣) رقم ٣٤٥٦ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، ورواه أحمد بن حنبل في مسنده (٥٦/١) والزيلعي في نصب الراية (٢٠١/٢) فأطلق الاسم عليهما وكذلك الشراء وهو تمليك مال بمال غير أن الغالب في الاستعمال أن البيع في إخراج المبيع عن الملك قصدًا أكثر وتبادر الذهن إلى هذا المعنى أقوى ، والشراء في إخراج الثمن من الملك قصدًا أكثر وتبادر الذهن إليه أسرع ، والبيع في الاصطلاح هو مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكًا وتملكًا . انظر المصباح المنير (٩٦/١) ، معجم مقاييس اللغة (٣٢٧/١) ، لسان العرب (٤٠١/١) ، الاختيار لتعليل المختار (١/٢) ، فتح القدير (٤٥٤/٥) ، التعريفات ص٧٤ .

(٣) الثمن اسم لما عرض من المبيع والأثمان المعلومة ما يجب دينًا في الذمة كالدراهم والدنانير وأما غيرهما من العروض ونحوها فلا . والثمن اسم للمشتري به ، وقال الليث : « ثمن كل شيء قيمته » انظر المغرب ٦٩ ، ٧٠ ، تهذيب الأسماء واللغات (٤٦/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٥) حرف الواو ساقط من جميع النسخ .

(٦) انظر هذا في أسنى المطالب شرح روض الطالب (٢٩٠/٢) حاشية الشيخ سليمان على الجمل (٤٣٢/٣) ، =

١٥٧١٨ - قلنا : لو صح ما ذكرتموه لوجب إذا أقر بالعين المرهونة أنها لغيره أن يبطل حق المرتهن ، لأنه متهم في إقراره ولكان إذا قال هذا العبد (١) رهنته عند فلان وإن عدا في حقه ، ويقبل إقراره فلما لم يقبل علم أن بُعده عن التهمة (٢) لا يوجب قبول قوله في إسقاط حق .

١٥٧١٩ - ولأن المريض لو شهد لأبيه وابنه لم تقبل شهادته ، (٣) كما لا تقبل في حال الصحة للتهمة ، وإن كانت التهمة في إحدى الحالتين أبعد من الأخرى .

١٥٧٢٠ - قالوا : المرض (٤) يؤثر في التبرع ولا يؤثر في الواجبات ، ولهذا لو اعتق المريض أو حابى كان من الثلث . ولو أقر كان من جميع المال . وإذا أبرأ (٥) المريض في التبرع دون غيره جاز [إقراره] (٦) .

١٥٧٢١ - قلنا : إقراره جائز بلا خلاف ، والكلام في تساوي الديون أو تقديم بعضها على بعض . وهذا المعنى قد يوجد في ديون الصحة كذلك يجوز أن يوجد في دين الصحة والمرض .

١٥٧٢٢ - قالوا : قد قلتم إنه لو تزوج وطلق قبل الدخول كانت المرأة مساوية لغرماء الصحة فيما وجب لها من المهر . وكذلك لو استقرض مالًا ببينة أو أتلف مالًا على إنسان ثبت له الحق مساويًا لغريم الصحة ، كذلك ما ثبت عليه بإقراره .

١٥٧٢٣ - قلنا : إما إذا استقرض أو ابتاع فلم يخرج من ملكه شيء إلا بعوض ، تتعلق حقوقهم به وهو غير ممنوع من أعيان المال ، وإنما منع إبطال معناها . وأما التزويج فلأنها منفعة يختص بها المريض ، وله أن يصرف ماله في المنافع التي يختص بها ، وإن تعلق حق الغرماء بالمال بعد الموت . ولأن المهر لا يثبت بقوله [وإنما يثبت بعقد النكاح ، فإذا ثبت وهو لا ينفك عن المهر يثبت من طريق الحكم ، والكلام

= الإقناع (٥١/٢) .

(١) في (ع) ، (م) : [الرهن] .

(٢) المراد بالتهمة ما إذا قامت قرينة دالة على أن مراده إضرار الورثة أو الغرماء وأنه كاذب في ذلك الإقرار كما لو أشهدت المرأة شهودا على نفسها لأبنها أو لأخيها تريد بذلك إضرار الزوج ، أو أشهد الرجل شهودًا على نفسه بمال لبعض الأولاد يريد به إضرار باقي الأولاد والشهود يعلمون ذلك ، وسعهم أن لا يقبلوا الشهادة . انظر العقود الدرية (٥٥/٢)

(٣) شهادة الوالد لولده والولد لوالده لا تقبل لوجود التهمة . انظر الهداية (١٢٢/٣) .

(٤) وفي (ع) ، (م) : [المريض] .

(٥) في (م) : [أقر] .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقطة من (ع) ، (م) . انظر هذا في الجمل على شرح المنهج للأنصاري (٤٣٢/٣) .

فيما يثبت بقوله] [1] وما يسقط به حقوق الغرماء .

١٥٧٢٤ - فأما الإتلاف فإنما يجب عوضه من طريق الحكم لا بقوله ، وإنما بفعل الإتلاف وهو لا يملكه فيثبت بحكمه ضمان العوض . وهذا الثبوت لا تهمة فيه فساوى ديون الصحة .

• • •

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

حكم إقرار المريض للوارث

١٥٧٢٥ - قال أصحابنا : إقرار المريض لوارثه باطل إن مات في مرضه [١] .

١٥٧٢٦ - وهو أحد قولي الشافعي [٢] . وقال في قول آخر [٣] : إقراره جائز [٤] .

(١) انظر مختصر اختلاف العلماء (٢١١/٤) ، بدائع الصنائع (٢٢٤/٧) ، البناية على الهداية (٥٩٢/٨) ، نتائج الأفكار (٣٨٧/٨) ، المبسوط (٢٤/١٨) ، الاختيار (١٨٣/٢) هذا إذا لم يصدقه الورثة . أما إن صدقه الورثة فصحيح ؛ وبه قال المالكية وأحمد في أصح الروايتين وقال المرداوي : هذا هو المذهب بلا ريب وعليه جماهير الأصحاب وهو قول شريح القاضي وإبراهيم النخعي ويحيى الأنصاري والقاسم وسالم وأبو هاشم . إلا أن المالكية قيدوا ذلك بوجود التهمة فإن أقر المريض لوارث قريب مع وجود الأبعد أو المساوي كان الإقرار باطلًا ، وإن أقر لوارث بعيد كان صحيحًا إن كان هناك وارث أقرب منه ، سواء كان ذلك الأقرب حائزًا للمال أم لا . وإن أقر لقريب غير وارث كالخال أو لصديق ملاطف أو مجهول حاله صح الإقرار إن كان لذلك المقر ولد أو ولد ولد وإلا فلا . وأما لو أقر لأجنبي غير صديق كان الإقرار لازمًا . وإن أقر المريض لوارث أبعد فيصح مطلقًا ويلزمه الإقرار بلا قيد ، لانعدام التهمة . وبهذا فإن المريض يصح إقراره إذا لم يتهم ويبطل إذا اتهم . انظر حاشية الدسوقي (٣٩٩/٣) ، بلغة السالك (١٩٠/٢ ، ١٩١) ، بداية المجتهد (٢٨٥/٢) ، مواهب الجليل مع التاج والإكليل (٢١٨/٥ - ٢٢١) ، الذخيرة (٢٦٣/٩) ، والمغني مع الشرح الكبير (٣٤٤/٥) ، الفروع (٦٠٨/٦) ، الإنصاف (١٣٥/١٢) .

(٢) انظر مغني المحتاج (٢٤٠/٢) ، نهاية المحتاج (٧٠/٥) ، المهذب (٤٤٠/٢) ، الحاوي الكبير (٣٠/٧) ، وعبارة الشربيني : « إن أقر المريض لوارثه فالإقرار لا يصح لأنه متهم بحرمان بعض الورثة الخلاف في الصحة أما التحريم فعند قصد الحرمان لا شك فيه كما صرح به جمع ، منهم القفال في فتاويه وقال : إنه لا يحل للمقَرّ له أخذه ، وإذا أدعى بقية الورثة على المقر له أنه لا حقيقة لإقرار مورثهم له فأحلف فعليه أن يحلف ، وإن نكل حلف فيه الورثة ، وقاسموه ، ولذلك اختار الروياني مذهب مالك » .

(٣) قال الماوردي : « إقراره في الصحة لازم كالأجنبي . وأما إقراره للوارث في المرض المخوف فإن صح من مرضه لزمه إقراره . وإن مات منه ، فقد ذكر الشافعي لزوم إقراره . واختلف أصحابنا فكان أبو إسحاق المروزي في غير الشرح يخرجه على قولين : أحدهما لازم والثاني باطل ، وهو اختيار ابن أبي هريرة : يجعل إقراره للوارث لازمًا قولًا واحدًا ويجعل ما قاله من بطلان إقراره حكاية عن مذهب غيره » . انظر الحاوي الكبير (٣٠/٧) ، المهذب (٤٤٠/٢) ، الإفصاح لابن المنذر النيسابوري ص٣٨٣ ، مغني المحتاج (٢٤٠/٢) ، والصحيح في المذهب أنه جائز وليس بباطل ، وبه قال الإمام أحمد ابن حنبل في رواية أخرى . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٤٤/٥) والإنصاف (١٣٥/١٢) .

(٤) منشأ الخلاف بين الحنفية والشافعية في الإقرار هو : أن الشافعية قالوا : إن الفعل إذا وجد مطابقًا لظاهر =

١٥٧٢٧ - لنا : ما روي عن ابن عمر [١] ﵄ أنه قال : إذ أقر المريض لوارثه لم يجز وإن أقر لأجنبي بجميع ماله جاز [٢] ذكره [٣] محمد في (الأصل) [٤] .

١٥٧٢٨ - ومن أصحابنا من روى عن عمر [﵁] مثله [٥] ولا نعرف لهما مخالفًا ، ولأنه لو أقر لوارثه في مرض موته [لم يصح] [٦] فلم يصح إقراره ، أصله السفيه .

١٥٧٢٩ - ولأنه نفّع وارثه في ماله في حال مرضه فيما لا يُعلم سببه إلا بقوله ، فصار كهبته [٧] ولأنه مال أثبته لوارثه في مرض موته بقوله ، لا يعلم سببه إلا به ، فصار كهبته ووصيته [٨] .

= الشرع حكم بصحته ، ولا تعتبر التهمة في الأحكام ، لأن الأحكام تتبع الأسباب الجلية دون المعاني الخفية . وقال الحنفية : كل فعل تمكنت التهمة فيه حكم بفساده لتعارض دليل الصحة والفساد . انظر تخريج الفروع على الأصول للزنجاني تحقيق د . محمد أديب صالح ص٢١٢ . ط مؤسسة الرسالة .

(١) هو أبو عبد الرحمن عبد الله بن عمر بن الخطاب ﵄ القرشي العدوي ، أحد الصحابة الأجلاء ولد سنة ٣ من البعثة وأسلم وهو صغير ، هاجر قبل أبيه أو معه ، شهد المواقع مع رسول الله ﷺ من غزوة الخندق وهو ممن بايع تحت الشجرة وأحد الستة المكثرين من الرواية عن رسول الله ﷺ ، توفي ٧٣هـ انظر أسد الغابة (٢٣٦/٣ - ٢٤١) ، الإصابه (٣٤٧/٢ - ٣٥٠) ، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء (٢٩٢/١) ، تذكرة الحفاظ (٣٧/١) ، سير أعلام النبلاء (٢٠٣/٣ - ٢٣٩) .

(٢) أخرجه الزيلعي في كتابة نصب الراية وعبارته عن عمر ﵁ أنه قال : « إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته » قال الزيلعي : غريب . انظر نصب الراية (١١١/٤) . هذا وقد روي خواهر زاده مثله في مبسوطه عن ابن عمر أيضًا . وكذا روي في الأصل عن يعقوب بن عبد الله النافع عن ابن عمر كما روي عن عمر كما في الهداية والكافي وغيرهما ، فيجوز أن يكون مرويًا منهما . ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب بدائع الصنائع حيث قال : « ولنا ما روي عن عمر وابنه عبد الله ﵄ أنهما قالا : إذا أقر المريض لوارثه لم يجز ، وإن أقر لأجنبي وإن أحاط ذلك بماله جاز » هذا الأثر مثل الخبر فلابد أن ابن عمر قد سمعه من النبي ﷺ وقول الواحد من فقهاء الصحابة مقدم عند الحنفية على القياس . يدل هذا الأثر على بطلان إقرار المريض لوارثه وجواز إقراره لأجنبي . انظر الهداية (١٨٩/٣) ، المبسوط (٢٤/١٨) ، تبيين الحقائق (٢٦/٥) ، حاشية الشلبي عليه ، بدائع الصنائع (٢٢٤/٧) ، نتائج الأفكار (٣٨٨/٨ ، ٣٨٩) .

(٣) الضمير المذكر المتصل الغائب ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) ما بين القوسين بدل مما جاء في النسخ بلفظ : « في الأصول » . وكتاب محمد بن الحسن الأصل أو المبسوط معروف مشهور . انظر : كشف الظنون ١٠٧/١ وما بعدها والفهرست ٢٨٧ وما بعدها .

(٥) قال ابن المنذر : « وأجمعوا على أن إقرار المريض في مرضه بالدين لغير وارث جائز إذا لم يكن عليه دين في الصحة » . انظر بدائع الصنائع (٢٢٤/٧) ، كتاب الإجماع للإمام ابن المنذر ص٣٨ .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) انظر بدائع الصنائع (٢٢٤/٧) .

(٨) انظر تبيين الحقائق (٢٥/٥) .

١٥٧٣٠ - فإن قيل : لم يثبت وإنما أخبر عن وجوب سابق .

١٥٧٣١ - قلنا : إذا لم يعلم بقدم الوجوب فإنما أثبت بقوله .

١٥٧٣٢ - فإن قيل : لا يمنع [١] أن لا يجوز تبرعه ويجوز إقراره ، كما أن الأجنبي يجوز التبرع عليه في جميع محل التبرع ، ويجوز الإقرار له في جميع محل الإقرار ، إلا أن محل التبرع الثلث ومحل الإقرار جميع المال ، والوارث لا يجوز التبرع عليه من محل التبرع وهو الثلث فلم يجز الإقرار له في محل الإقرار . وهذه مبنية على أصل أبي حنيفة أن عقود [٢] المرض مع وارثه لا يصح [٣] ، ومتى لم يصح منه سبب الإقرار لم يصح منه الإقرار كالعبد المحجور إذا أقر [٤] .

١٥٧٣٣ - وهذه المسألة مبنية على أن المريض محجور عليه في حق وارثه . بدلالة أن الثلث الذي يملكه [٥] ، ولا حق لأحد فيه لا يجوز وضعه في وارثه . وهذه صفة الحجر أن يمنع الإنسان من التصرف في ماله مع عدم تعلق حق الغير به [٦] .

١٥٧٣٤ - ولا يقال : إنه ممنوع من التبرع فيما زاد على الثلث في حق الأجنبي وليس بمحجور عليه ، لأنه منع من التبرع / في (الزائد عن الثلث) [٧] لتعلق حق الوارث به .

١٥٧٣٥ - ومن منع من التصرف في مال [٨] لتعلق حق الغير به لم يكن محجورًا [عليه] [٩] كالرهن ، ولو كان المنع لهذه العلة حجرًا لكان جميع الناس محجورًا عليهم لأنهم ممنوعون من التصرف في حقوق غيرهم [١٠] .

---

(١) في (ص) : [لا يمتنع] ، والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٢) في (ع) : [عقوق] ، وفي (م) : [حقوق] .

(٣) لأن معاملة المريض مع الوارث نادرة إذ يمكن التحرز عنه من غير حرج ، لوجود التهمة . انظر تبيين الحقائق (٢٥/٥) .

(٤) هذا قول زفر بن الهذيل والصاحبين حيث قالوا : « لا يصح إقرار العبد المحجور ، وقد قاسوه على أمر غير متفق عليه . انظر حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٩٢/٥) ، حاشية ابن عابدين (١٦٣/٨) ، الهداية (٧/٤) .

(٥) أي يملك تبرعه .

(٦) وحقيقة الحجر هي منع التصرفات القولية ذلك أن الشرع قصر تصرفه على الثلث وعلق حق الورثة بالثلثين . انظر تبيين الحقائق (١٩٠/٥) ، المبسوط (٣١/١٨) .

(٧) ما بين القوسين زائد والسياق يقتضيه . انظر النكت للشيرازي ورقة ٣٠٨ (ب) .

(٨) في (ع) ، (م) : [في ماله] .

(٩) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(١٠) في (ع) ، (م) : [عدمهم] . هذا خطأ والصواب ما أثبتناه .

١٥٧٣٦ - فإن قيل : لو كان المنع من التصرف في الثلث لحق الورثة لمنع من التصرف فيه بالواجبات ، كما يمنع في الرهن .

١٥٧٣٧ - قلنا : إذا أقر بان إقراره أنه لا ملك له ، وحق الورثة يتعلق بثلثي ماله وإذا بان بالإقرار أن لا مال له لم يتعلق حقهم بشيء مما في يده . وإذا ثبت أنه محجور عليه في حقه لم يجز إقراره كالصبي في حق جميع الناس .

١٥٧٣٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ ﴾ [1] يعني شاهدًا ، وبقوله تعالى : ﴿ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ ﴾ [2] وبقوله تعالى : ﴿ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ ﴾ [3] .

١٥٧٣٩ - والجواب : أن هذا يدل على جواز إقرار الإنسان ، ولا يدل على قبول قوله في حق غيره ، فالخلاف في قبول إقراره في حق ورثته .

١٥٧٤٠ - وقوله تعالى : ﴿ كُونُوا۟ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ ﴾ [4] يعني بالعدل ، والشاهد بالعدل هو الذي لا يلحقه تهمة ، والمريض عندنا متهم فيما يقر به [5] .

١٥٧٤١ - قالوا : من صح إقراره له في صحته صح إقراره [له] [6] في مرضه ، كالأجنبي ، أو من صح إقراره للأجنبي [7] صح للوارث . أصله : الصحيح [8] .

١٥٧٤٢ - قلنا : إنما صح إقراره له في الصحة ، لأنه لو نقل ملكه إليه بالتبرع المبتدأ صح ، فلم يتهم في الإقرار ، لأنه لو كان كاذبًا لعُدل [9] إلى التمليك المبتدأ وحصل له به المال . ألا ترى أنه من خُيِّر بين أمرين لم يجز أن يعدل عن المباح [10] منهما إلى

---

(١) سورة القيامة : الآية ١٤ . (٢) سورة النساء : الآية ١٣٥ .

(٣) من آية الدين رقم (٢٨٢) سورة البقرة . وجه الدلالة من الآيات : أن الشهادة على النفس إقرار ، وذلك عام في جميع الأحوال ، ولكل أحد والتخصيص يحتاج إلى دليل ، ولا دليل على ذلك فثبت المدَّعى . انظر الذخيرة للقرافي (١٦١/٩) . (٤) سورة المائدة : الآية ٨ .

(٥) كما أن المريض متهم عند الشافعية في قول ، حيث جاء في مغني المحتاج (٢٤٠/٢) النص على ذلك بعبارة : « وفي قول لا يصح إقرار المريض مرض الموت لوارث ، لأنه متهم بحرمان بعض الورثة » .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٧) في (ع) ، (م) : [كالأجنبي] .

(٨) انظر هذا المعنى في المهذب (٢٤٠/٢) ، الحاوي الكبير (٣٠/٧) .

(٩) في (ع) ، (م) : [بالعدل] .

(١٠) المباح مشتق من الإباحة وهي الإظهار والإعلان ويأتي بمعنى الإذن والإطلاق ، يقال أبحته كذا أي أطلقته فيه وأذنت له . وأما في الشرع : فهو ما دل الدليل السمعي على خطاب الشارع بالتخيير فيه بين الفعل=

المحظور .

١٥٧٤٣ - وأما في المرض فهو لا يملك نقل ملكه إليه بالتبرع ، فاتهم أن يكون أراد تحصيل المال له ، فعدل عما لا ينفذ إلى الإقرار [بوجوب سابق . وأما الأجنبي فلا تلحقه تهمة في حقه فيملك إيجاب التبرع له في جميع محل التبرع فيملك الإقرار] [١] له في محل الإقرار . وفي الوارث تلحقه تهمة في حقه بدلالة أنه لا يملك التبرع عليه في محل التبرع ، فلم يملك الإقرار له في محل الإقرار . تبين ذلك أن الغالب أن الإنسان يؤثر بعض ورثته ويفضلهم ، [٢] وليس الغالب أن الإنسان يؤثر تحصيل ما زاد على ثلثه للأجنبي ويمنع بذلك وارثه [٣] .

١٥٧٤٤ - قالوا : يصح إقراره للوارث كالصحيح . وهذا إقرار ؛ لأنه إذا أقر لوارث لثبت النسب والتوارث والولاية ، وإذا أقر لوارث فقد أثبت حقًا واحدًا [٤] .

١٥٧٤٥ - قلنا : هذا يبطل على الصحيح من مذهبهم بالمحجور [عليه [٥]] بالسفه والدين ؛ يملك الإقرار بالوارث ولا يملك الوارث .

١٥٧٤٦ - ومنهم من التزم [٦] هذا ، وقال : لا يصح إقرار المحجور بنسب ، ثم هذا لا يصح ، لما قدمنا في المسألة الأولى أن الإنسان لا يحجر عليه في الإقرار بالنسب مع صحة القول ، ويحجر عليه في [الإقرار] [٧] في التصرف في المال ، فلم يعتبر أحدهما بالآخر .

١٥٧٤٧ - ولأنه إذا أقر بالوارث حصل ابتداء الإقرار له وهو أجنبي ، وإذا أقر للوارث حصل إقراره له وهو وارث .

١٥٧٤٨ - ولأن المورث لا يتهم في أنه يستلحق بولد ليس منه ويتهم أنه موجب

= والترك من غير بدل . وقال الجرجاني : ما استوي طرفاه ، انظر التعريفات ص٢١٠ والإحكام في أصول الأحكام (٩٤/١) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) في جميع النسخ « تفضيله » بدلًا من « يفضلهم » المثبتة في المتن .

(٣) انظر تبيين الحقائق (٢٥/٥) .

(٤) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٣٠/٧) ، المهذب (٤٤٠/٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٦) في (ع) ، (م) : [ألزم] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

لوارثه ما ليس له ، قصد إلى منفعته فلذلك افترق الأمران .

١٥٧٤٩ - ولأن الإقرار بالنسب ليس بإقرار بمال ويجوز أن يفضي إلى مال [ويجوز أن لا يفضي] [١] .

١٥٧٥٠ - وقد يقبل [٢] في السبب المفضي إلى معنى لا يقبله في ذلك المعنى شهادة القابلة للولادة المؤدية إلى ثبوت الإرث وأنه لم يقبل في الإرث .

١٥٧٥١ - قالوا : المريض غير متهم فيما يقر به ، لأنه حال مفارقة الدنيا والمصير إلى الآخرة [٣] وقد أجبنا عن هذا الكلام في المسألة التي قبل هذه .

١٥٧٥٢ - قالوا : لو كانت الوصية [٤] جائزة فلا شك أن الإقرار كان جائزًا لأن الإقرار أبعد من الوصايا ، ولم تستحب الوصية للوارث فبقي الإقرار على ما كان عليه .

١٥٧٥٣ - قلنا : لا نعلم هذا ويجوز أن تكون الوصية جائزة والإقرار لا يجوز . ثم الوصية إنما كانت تجوز لجميع الورثة ولم تكن جائزة لبعضهم دون بعض ، فيجب أن يكون الإقرار فيه جائزًا على هذا الوجه ، فتستحب الوصية ويبقى الإقرار .

١٥٧٥٤ - وعندنا يجوز الإقرار لجميع الورثة ، ويخيرون بين أخذ المال بالإقرار والإرث .

١٥٧٥٥ - قالوا : المريض مأمور بالتخلص من الديون وإيصالها إلى مستحقها ، فإذا كان عليه دين لوارثه فقد أمر بإيصاله إليه ، فيستحيل أن يكون مأمورًا بذلك ، وإذا ثبت

---

(١) بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٢) في (ع) ، (م) : [قيل] .

(٣) انظر أسنى المطالب (٢/ ٢٩٠) ، الإقناع (٥٢/٢) ، الحاوي الكبير (٣٠/٧ ، ٣١) ، ويرد الماوردي على الحنفية بأن الإنسان في مرض الموت في حال يجتنب الإنسان فيها المعاصي ويخلص الطاعة ولذلك قال أبو بكر الصديق ﷺ في عهده إلى عمر : هذا ما عهد به أبو بكر خليفة رسول الله ﷺ عند آخر عهده بالدنيا وأول عهده بالآخرة في الحال التي يؤمن فيها الكافر ويتقي فيها الفاجر .

(٤) الوصية بمعنى العهد والاتصال ، تقول وصاه توصية أي عهد به أو إليه ، ووصى الشيء يصيه إذا أوصله به ، وأرض واصية كثيرة النبات ، وسمي هذا التصرف وصية لما فيه من وصل القرابة الواقعة بعد الموت بالقرابات المنجزة في الحياة . يقال أوصيت له أو إليه : جعلته وصيًا يقوم بعمله بعده ، والوصايا جمع الوصية . انظر المصباح المنير (٨٢٧/٢) ، تهذيب الأسماء واللغات (١٩٢/٣) ، القاموس المحيط (٤٠/٤) ، الصحاح للجوهري (٢٥٢٥/٦) ، وفي الاصطلاح هي اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته ، وعرفها الجرجاني أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت . انظر بدائع الصنائع (٣٣٣/٧) ، التعريفات ص٢٦٤ ، مجمع الأنهر (٦٩١/٢) . انظر الحاوي الكبير (١٩٠/٨) .

لم يقبل منه .

١٥٧٥٦ - قلنا : هو مأمور بإيصال الحق إلى وارثه ، ويقدر أن يقضيه [١] دينه باطنًا ، ويوصله إليه فيتخلص بذلك من مظلمته ، وإن كان لو أقر لم يقبل إقراره . كما أن الوصي إذا كان شاهدًا على الميت بدين ، وليس معه شاهد غيره فهو مأمور سرًا بإيصاله إلى مستحقه لتخليص الميت ، ولو أظهر ذلك وأقر به لم يقبل قوله [فيه] [٢] ولم يثبت به الدين وإن كان مأمورًا [بالقضاء] [٣] .

* * *

(١) هكذا في جميع النسخ لعل الصواب يقضي .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

مسألة ٧٨٤

حكم قضاء المريض المديون بعض غرماء الصحة دون البعض

١٥٧٥٧ - قال أصحابنا : إذا قضى [المريض [1] المديون] [2] بعض غرماء الصحة دون بعضهم لم يصح القضاء [3] .

١٥٧٥٨ - وقال الشافعي : يصح [4] . وهذا مبني على أصلنا أن حق الجميع تعلق بالمال على وجه واحد فلا يفرد بعضهم بالقضاء دون بعض . أصله الدين إذا كان به رهن [5] ولأنها حالة يعتبر العتق فيها من الثلث فلا يجوز أن يفرد بعض الغرماء بالقضاء . أصله بعد الموت . ولا يلزم إذا [قضى] [6] دين الصحة ، وهناك دين في المرض ، لأن ذلك يجوز بعد الموت أيضًا ، فاستوى الفرع [7] والأصل [8] .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبته كما في (ع) ، (م) .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٣) أي أداء الدين . انظر هذه المسألة في الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن ص١٣٠ ط دار إحياء التراث العربي بيروت ، الهداية (١٨٩/٣) ، نتائج الأفكار (٣٨٥/٨) ، بدائع الصنائع (٢٢٥/٧ ، ٢٢٦) ، المبسوط (٢٨/١٨) ، تبيين الحقائق (٢٤/٥) ، وعبارة المرغيناني « ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض ، لأن في ذلك الإيثار للبعض إبطال حق الباقين . وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء إلا إذا قضى ما استقرض في مرضه ، أو نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علمه بالبينة » وبه قال المالكية . جاء في المدونة الكبرى « أرأيت إن قضى بعض غرمائه دون بعض في مرضه أيجوز ذلك ؟ قال : لا يجوز ذلك له إذا كان الدين يخترق ماله » وبه قال بعض الحنابلة وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار التميمي . انظر المدونة الكبرى (٥٨/٤) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٤٣/٥) .
(٤) انظر الحاوي الكبير (٢٩/٧) وعبارته : « إذا ضاق مال المريض عن قضاء ديونه ، فقدم بعض غرمائه بدينه فقضاه لم يشركه الباقون فيه . وبه قال بعض الحنابلة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٤٣/٥) .
(٥) فإن مال المريض صار كالمرهون في حقهم وإعطاؤه لبعض الغرماء دون البعض إيثار منه لبعضهم بعد ما تعلق حقهم جميعًا بماله ، فهو نظير إيثاره بعض الورثة بالهبة والوصية له بعد ما تعلق حق الورثة . انظر المبسوط (٢٨/١٨) ، تبيين الحقائق (٢٤/٥) ، بدائع الصنائع (٢٢٦/٥) .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .
(٧) الفرع هو المقيس والمحل المشبَّهُ عند الفقهاء ، لأن القياس حاصله : اعتبار الفرع بالأصل . وجمعه فروع . وهو من أركان القياس ، وهو من كل شيء أعلاه ، وهو ما يتفرع من أصله . انظر التعريفات ص٤٣ ، المصباح المنير (٥٦٢/٢) مادة فرع ، مختصر المنتهى (٣٠٨/٢) ، البحر المحيط (٩٦/٧) .
(٨) الأصل هو ما ينى عليه غيره ، وجمعه الأصول ، وهو عبارة عما يُفتَقَرُ إليه ، ولا يَفتَقِر هو إلى غيره =

١٥٧٥٩ - ولأن القضاء فعل يصح في حال المرض [ويصح أن يفعل عنه بعد الموت بأمره ، فكان فعله بعد الموت وفي حالة المرض] [١] سواء ، أصله العتق .

١٥٧٦٠ - احتجوا : بأنه قضى [٢] دينه ، وهو من أهل القضاء ، فصار كحال الصحة [٣] .

١٥٧٦١ - قلنا : لا نسلم أنه من أهل القضاء على الإطلاق ، [وإنما هو من أهل القضاء] [٤] على صفة مخصوصة ، والمعنى في حال الصحة : أنه يملك أن يزيل ملكه على طريق التبرع ، فيملك أن يفرد بعض الغرماء بالقضاء . ولما كان في حال المرض لا يملك مع الدين أن يتبرع بماله لم يملك أن يفرد [٥] بعض غرماء الصحة بالقضاء .

١٥٧٦٢ - قالوا : يملك قضاء الجميع فملك قضاء البعض كحال الصحة [٦] .

١٥٧٦٣ - قلنا : إذا قضى الجميع فلم يُسْقِطْ حقٌ بعضهم . وإذا أفرد بعضهم فقد أسقط حق الباقين . وحكم [٧] الأمرين مختلف ؛ بدلالة الرهن إذا كان عند جماعة فسلم بدينهم جاز ، ولو أفرد به بعضهم لم يجز [٨] .

١٥٧٦٤ - ولأنه إذا قضى الجميع لم تلحقه تهمة وإذا أفرد بعضهم فإنه متهم . وتصرف المريض لا يصح مع التهمة ويجوز مع عدمها [٩] .

* * *

= وفي الاصطلاح : عبارة عما يبني عليه غيره ، ولا يبني هو على غيره ، والأصل ما يثبت حكمه بنفسه ، ويبنى عليه غيره . انظر التعريفات ص٤٩ ، ٥٠ .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٢) في (ع) : [قضاء] .

(٣) انظر الحاوي الكبير (٢٩/٧) وعبارته « لأن من صح منه الأداء مع وجود الوفاء صح منه الأداء مع العجز كالصحيح طردًا والصغر عكسًا » .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٥) في (ع) ، (م) : [لو أراد] .

(٦) انظر : الحاوي الكبير (٢٩/٧) .

(٧) في (ع) ، (م) : [لحكم] .

(٨) انظر الهداية (١٨٩/٣) ، بدائع الصنائع (٢٢٦/٧) .

(٩) انظر نتائج الأفكار (٣٨٧/٨) ، بدائع الصنائع (٢٢٥/٧ ، ٢٢٦) ، تبين الحقائق (٢٤/٥) .

الإقرار للحمل

١٥٧٦٥ – قال أبو يوسف : إذا أقر لحمل امرأة [١] بدين مطلق لم يصح الإقرار . ولو أقر بسبب معين ، فقال : له عندي ميراث أبيه أو وصيته من فلان جاز [٢] .

١٥٧٦٦ – وقال محمد : إذا أطلق الإقرار للحمل صح [٣] .

١٥٧٦٧ – وللشافعي في الإقرار المطلق قولان : أحدهما مثل قول أبي يوسف ، والثاني مثل قول محمد [٤] .

---

(١) يصح الإقرار للحمل عند من أجازه شريطة وجوده وقت الإقرار ويعلم ذلك إذا جاءت المرأة بالولد في مدة يعلم أنه كان موجودًا قبل الإقرار ، فيلزم لصحة الإقرار أن تأتي بالولد لأقل من ستة أشهر إذا كانت ذات زوج ، أو لأقل من سنتين من وقت الفراق إذا كانت معتدة . فيحكم حينئذ بثبوت النسب ، ويكون ذلك حكمًا بوجوده في البطن حين موت المورث أو الوصي ، فلا يصح الإقرار إلا لحمل يتيقن وجوده عند الإقرار . انظر حاشية قرة العيون (١٣٢/٨) ، حاشية ابن عابدين (٤٥٥/٤) ، تبيين الحقائق (١٢/٥) ، نتائج الأفكار (٣٤٥/٨ ، ٣٤٦) .

(٢) انظر الهداية (١٨٣/٣) ، نتائج الأفكار (٣٤٥/٨ - ٣٤٨) ، حاشية قرة العيون (١٣٢/٨ ، ١٣٣) ، حاشية ابن عابدين (٤٥٥/٤) ، المبسوط (١٩٧/١٧) ، بدائع الصنائع (٢٢٣/٧) ، تبيين الحقائق (١١/٥ ، ١٢) ، مختصر اختلاف العلماء (٢١٩/٤) . وذكر قاضي زاده : بأن أبا حنيفة مع أبي يوسف في هذا الرأي في قول ضعيف ، ووجهه : أن الإقرار المبهم له جهة الصحة ، لأنه إن كان يصح بالحمل على الوصية والإرث يفسد بالحمل على البيع والغصب والقرض فلا يصح مع الشك مع أن الحمل في نفسه محتمل الوجود والعدم والشك في وجه واحد يمنع صحة الإقرار فمن وجهين أولى . انظر بدائع الصنائع (٢٢٤/٧) .

(٣) انظر المراجع السابقة وهو قول الإمام مالك والإمام الشافعي في الأصح والإمام أحمد في الصحيح وهو اختيار ابن حامد . انظر حاشية الدسوقي (٤٠١/٣) ، مواهب الجليل (٢٢٣/٥) ، شرح الخرشي (٩٠/٦) ، الذخيرة (٢٦٦/٩) ، الأم (٢٤٤/٣) ، مختصر المزني مع الأم (١٤/٣) ، الحاوي (٣٤/٧) ، المهذب (٤٤٠/٢) ، مغني المحتاج (٢٤١/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٢٧٦/٥) ، الإنصاف (١٥٦/١٢) .

(٤) انظر كتاب الأم (٢٤٤/٣) ، المهذب (٤٤٠/٢) ، نهاية المحتاج (٧٣/٥ ، ٧٤) ، مغني المحتاج (٢٤١/٢) ، الحاوي الكبير (٣٤/٧) . قال الماوردي : فإن عزاه إلى جهة كقوله له عليّ إرث من أبيه أو وصية عن موص صح الإقرار ولزم ، وإن أرسله وأطلقه ففي صحته قولان : القول الأول : الإقرار باطل ، هذا القول يوافق قول أبي يوسف لأن إثبات الحقوق يجري بين الأحياء الموجودين غالبًا وذلك منتف عن الحمل فبطل بغالب هذه الحال أن يصح له إقرار . القول الثاني : أن إقراره صحيح وهذا أصح القولين وهو يوافق قول محمد بن الحسن .

١٥٧٦٨ - قالوا : وهو الصحيح (١) أما إذا بيّن فقال : اقترضت منه فهو (٢) على قولين (٣) .

١٥٧٦٩ - [إن] (٤) قلنا : المطلق لا يصح فهذا إقرار وإن قلنا المطلق يصح فهذا على قولين (٥) بناء على قوله إذا وصل بإقراره ما يقره فيه قولان (٦) .

١٥٧٧٠ - لنا : إنه إقرار وقع للحمل فلا يصح ، أصله إذا خرج ميتًا ومات المقر قبل أن يبينه (٧) .

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٣٤/٧) ، المهذب (٤٤٠/٢) ، الصحيح في اصطلاح الشافعية قال الإمام النووي : فحيث أقول الأصح أو الصحيح من الوجهين أو الوجوه فإن قوي الخلاف قلت الأصح المشعر بصحة مقابله وإلا فالصحيح . انظر روضة الطالبين (٦/١) ، نهاية المحتاج (٤٨/١ ، ٤٩) ، مغني المحتاج (١٢/١) . يلاحظ أن الإمام القدوري إتجه نهج الماوردي في ذكر الاصطلاح والصواب هو في الأظهر ، لأن الخلاف منقول عن الإمام الشافعي أما إن كان الخلاف بين الأصحاب فيقال في الصحيح أو الأصح ، وهذا هو ما عبر به صاحب مغني المحتاج .

(٢) في (ع) ، (م) : [فإنه وكلاهما صواب] .

(٣) وإن عزاه إلى جهة مستحيلة كقوله : اقترضت منه فإن القرض مع الجنين لا يتصور فإذا وصل الإقرار بها فإن قيل ببطلان إقراره مع الإطلاق فهذا إن وصفه بالمحال أبطل ، فإن قيل بصحة إقراره مع الإطلاق ففيه إذا وصله بصفة مستحيلة قولان : من تبعيض الإقرار فيما قال ضمنت ألفًا عليّ أنني بالخيار ، أحدهما : أن الإقرار لازم على ما تقدم والصلة رجوع فلم يقبل ، والثاني : أن الإقرار باطل ، لأن بعض الكلام مرتبط ببعض وحكم أوله موقوف على آخره ، غير أن قول الثاني صحيح ببطلان الإقرار حيث جاء في مغني المحتاج « وإن أسنده إلى جهة لا تمكن في حقه فلغو للقطع في كذبه في ذلك » . انظر الحاوي الكبير (٣٤/٧) ، مغني المحتاج (٢٤١/٢) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) قال الماوردي : وإن قلنا بصحة إقراره مع التقييد بالممكن أو مع الإطلاق في أحد القولين فحينئذ يكون التفريع عليه . انظر الحاوي (٣٤/٧) .

(٦) تحرير محل النزاع : الإقرار لما في البطن على ثلاثة أوجه : أحدها أن يبين سببًا صالحًا مستقيمًا بأن يقول لما في بطن فلان عليّ ألف درهم من جهة ميراثه عن أبيه فاستهلكته أو وصية أوصى بماله فاستهلكته فهذا صحيح ، لأنه بين سببًا مستقيمًا لو عاينه حكمنا بوجوب المال عليه فكذلك إذا ثبت بإقراره هذا ، والوجه الثاني أن يبين سببًا بمستحيل بأن يقول لما في بطن فلان على ألف درهم ثمن بيع بايعته أو قرض اقترضته فهذا باطل ، لأن المبايعة والإقراض لا يتصور من الجنين حقيقة ولا حكمًا . والثالث أن يقر للجنين بمال مطلق من دين أو عين فيقول لما في بطن فلانة على ألف درهم أوهذا العين ملك لما في بطن فلان ، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين : الأول : هو قول الإمام أبي يوسف وقيل هذا قول أبي حنيفة أيضًا والشافعي في قول وأبو الحسن التميمي من الحنابلة بأنه باطل إلا أن يبين سببًا ، والثاني : هو ما ذهب إليه الإمام محمد والإمام مالك والشافعي في الأصح والحنابلة في الصحيح أن الإقرار للحمل صحيح . انظر المبسوط (١٩٦/١٧ ، ١٩٧) ، الذخيرة (٢٦٦/٩) ، الحاوي (٣٣/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٢٧٦/٥) .

(٧) يناقش هذا أن الإقرار للحمل يصح لأن الإقرار صدر من أهله مضافًا إلى محله ولم يتيقن بكذبه فيما أقر به =

١٥٧٧١ - [و] [١] لا يلزم إذا ورثه من أبيه أو أوصى به فلان ؛ فإن هذا إقرار للميت أو [٢] الوصي .

١٥٧٧٢ - ولأنه إقرار لمجهول ، لأنه لا يعلم هل هو واحد أو أكثر ، وهل هو ذكر أم أنثى ، فصار كإقراره لواحد من الناس [٣] .

١٥٧٧٣ - ولأن الحقوق إذا ثبت للحمل وقعت على الولادة ، بدلالة الميراث والوصية . والإقرار لا يقف على الشروط [٤] .

١٥٧٧٤ - فإن قيل : الإقرار يقف على القبول .

١٥٧٧٥ - قلنا : الإقرار قد يصح [٥] ، والرد يبطله ، والقبول يسقط المراعاة . فأما

= فكان صحيحًا ، فإن الإقرار كما هو معلوم إخبار عن ثبوت الحق لا إنشاء الحق ابتداء ، فإن خرج الحمل ميتا فالمال للموصي أو المورث حتى يقسم بين ورثته لأنه إقرار في الحقيقة لهما ، وإنما ينتقل منهما إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل إليه ههنا ، لأنه مات قبل الولادة . فإن مات المقر قبل أن يبين يرجع تفسيره إلى الورثة فلا تناقض ، فيصح الإقرار للحمل سواء أطلق أو بين السبب . ألا ترى أن جهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار بالاتفاق فكيف يمنعها جهالة سبب المقر به . انظر نتائج الأفكار (٣٤٩/٨) ، المبسوط (١٩٧/١٧) ، الحاوي (٣٥/٧) .

(١) حرف الواو ساقط من جميع النسخ .

(٢) حرف أو ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٣) في الدليل نظر ، نعم الإقرار لمجهول لا يصح ولكن هنا ليس كذلك ، لأنه إقرار لحمل امرأة معينة إما بالاسم كهند أو بالإشارة كهذه وما شابه ذلك . فإن وضعت الحمل وكان الحمل واحدًا فجميع الإقرار له ذكرًا كان أو أنثى سواء أكان الإقرار وصية أو ميراثًا ، وإن وضعت عددًا فإن كانوا ذكورًا لا غير أو إناثًا لا غير فالإقرار بينهم على السواء ، وإن كانوا ذكورًا وإناثًا نظرنا فإن كان الإقرار ميراثًا فهو بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وإن كان وصية فهو بينهم بالسوية ، وإن لم يعلم حاله فهو بينهم بالسوية أيضًا لأن الأصل التساوي حتى يعلم سبب التفاضل ، فلو مات أحدهم بعد تولده كان على حقه في الميراث ، ويقسم بين ورثته على فرائض الله . وإن وقع ميتًا سقط سهمه وكان الإقرار لمن سواه من الحمل ، فالاستدلال بأنه إقرار لمجهول كواحد من الناس لا يصح . انظر الحاوي الكبير (٣٥/٧ ، ٣٦) ، المبسوط (١٩٧/١٧) .

(٤) الشروط جمع شرط ، والشرط لغة هو تعليق أمر مستقبل بمثله أو إلزام الشيء أو التزمه في البيع ، واصطلاحًا : هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود ولا العدم كالوضوء شرط للصلاة . أو ما يتوقف عليه وجود الشيء وهو خارج عن ماهيته . انظر الصحاح للجوهري (١١٣/٣) ، القاموس المحيط (٣٦٠/٢) ، لسان العرب (٢٢٣٥/٤) ، التعريفات ص١٣٨ . ولكن هذا غير موقوف على شيء بل إنه يحتاج إلى مدة وهي فترة الجنين في بطن الأم حتى الولادة فلا يلزم الدور ، والتعليق أن تقول لفلان عليّ مائة درهم وإلا فعبدي حر بخلاف ما إذا قال : لفلان عليّ مائة درهم إذا مت أو جاء رأس السنة ، لأنه في معنى بيان المدة فيكون تأجيلًا لا تعليقًا . انظر المبسوط (٧٩/١٨) .

(٥) في (ع) ، (م) : [صح] .

أن يصح الإقرار فلا [١] .

١٥٧٧٦ - احتجوا : بأنه إقرار من جائز الأمر بما يمكن فوجب أن يحمل على الصحة . أصله إذا أقر لطفل أو لبالغ ، فلا يبطل إذا قال : لولد هذا الحمل عليّ كذا فإنه يمكن حمله على الصحة ، بأن يكون بوقف وقف عليه وعلي ولده .

١٥٧٧٧ - ومع ذلك لا يلزم ، والمعنى في الأصل : أن الإقرار يثبت له على طريق القطع ، وليس كذلك الحمل ، لأن الإقرار يثبت له بشرطه [٢] .

١٥٧٧٨ - وقد ناقض [٣] أصحابنا هذا : بمن أقر لدابة فلان [٤] .

١٥٧٧٩ - فإن قالوا : الإقرار في الدابة لصاحبها [٥] .

١٥٧٨٠ - قلنا : وكذلك في الحمل الإقرار لم ينتقل إليه الشيء [من جهته] [٦] .

١٥٧٨١ - قالوا : حيث صح الإقرار بالوصية والإرث صح بالمال المطلق كالبالغ [٧] .

---

(١) بل الإقرار لا يقف على القبول ، ويثبت الملك له من غير تصديق ، لكن بطلانه يتوقف على الإبطال . انظر حاشية ابن عابدين (٤٥٥/٤) .

(٢) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٣٤/٧) ، بدائع الصنائع (٢٢٣/٧ ، ٢٢٤) ، المبسوط (١٩٧/١٧ ، ١٩٨) ، نتائج الأفكار (٣٤٨/٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٢٧٦/٥) .

(٣) النقض في اصطلاح الأصوليين : هو تخلف الحكم مع وجود العلة ولو في صورة . انظر البحر المحيط (٣٢٩/٧) ، التعريفات ص٢٥٤ ، وفي النقض نظر : لأن مطلق كلام العاقل محمول على الصحة ما أمكن ، لأن عقله ودينه يدعوانه إلى التكلم بما هو صحيح ، لا بما هو لغو فيجعل مطلق إقراره صحيحًا بمنزلة ما لو بين سببًا صحيحًا لإقراره ، ولأن الإقرار حجة مهما أمكن إعماله لا يجوز إبطاله والجنين جعل في حكم المنفصل . ثم هناك فرق بين المقيس والمقيس عليه ؛ فالإقرار لدابة فلان لا يصح ، لانعدام أهلية الأداء وأهلية الوجوب في الدابة ولكن الجنين له أهلية الوجوب ، وبهذا صار صالحًا للوجوب له لا عليه فثبتت له الحقوق التي لا يحتاج في ثبوتها إلى قبول كالميراث والوصية والاستحقاق في الوقف . انظر الحاوي (٣٤/٧) ، المبسوط (١٩٧/١٧ ، ١٩٨) ، تبيين الحقائق (١٢/٥) .

(٤) لو أقر لبهيمة بأن لها عليه ألفًا وأطلقه لم يصح الإقرار ، لأنها ليست من أهل الاستحقاق . أما لو ذكر سببًا يمكن أن ينسب إليه كما لو قال عليّ كذا لهذه الدابة بسبب الجناية عليها فالجمهور على أن هذا الإقرار صحيح ويكون الإقرار لصاحب الدابة . انظر حاشية ابن عابدين (٤٥٥/٤) ، الاختيار (١٧٦/٢) ، حاشية الدسوقي (٩٨/٣) ، المهذب (٢٤٦/٢) ، مغني المحتاج (٢٤١/٢) ، الإنصاف (١٤٥/١٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٢٧٧/٥) .

(٥) انظر مغني المحتاج (٢٤١/٢) ، الحاوي الكبير (٨/٧) .

(٦) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) انظر النكت للشيرازي ورقة ٣٠٨ (أ) .

١٥٧٨٢ - قلنا : الإقرار بالوصية لا يصح ، بدلالة أنه لو ولد ميتًا كان ذلك للوصي ، فعلم أن الإقرار له والمعنى في البالغ ما ذكرناه .

* * *

مسألة ٧٨٦

حكم ما إذا قال : غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان

١٥٧٨٣ - قال أصحابنا : إذا قال غصبت هذا العبد من فلان لا بل [١] من فلان سلمه للأول وضمن قيمته للثاني [٢] .

١٥٧٨٤ - وهو أحد قولي الشافعي [٣] وقال في قول آخر : لا ضمان عليه والثاني خصم للأول [٤] .

---

(١) (لا بل) (بل) لإثبات ما بعده والإعراض عما قبله على سبيل التدارك وقد تدخل عليه كلمة [لا] لتأكيد النفي الذي تضمنه بل . وهذا يسمى بالاستدراك والاستدراك لغة استفعال من درك والدرك اللحاق والبلوغ ، والمراد به هنا الإضراب والإضراب لغة الإعراض عن الشيء والكف عنه بعد الإقبال عليه . وفي اصطلاح النحويين : إبطال الحكم السابق ببل . والفرق بين الاستدراك والإضراب ، أن في الاستدراك لا يبطل الحكم السابق ، كقولك جاء زيد لكن أخاه لم يأت فإثبات المجيء لزيد لم يبلغ ، بل نفي المجيء عن أخيه ، وفي الإضراب يبطل الحكم السابق ، فإذا قلت جاء زيد ثم ظهر لك أنك أخطأت فيه فقلت بل عمرو بطل الحكم بمجيء زيد وثبت مجيء عمرو . انظر المصباح المنير (٢٦١/١ ، ٢٦٢) ، لسان العرب (١٣٦٤/٢) ، كشاف اصطلاح الفنون للتهانوي (٢٧٩/٢) ، شرح المنار وحواشيه في علم الأصول (٤٥٢/١) ، المبسوط (٩/١٨) .

(٢) انظر مختصر الطحاوي ص١١٤ ، بدائع الصنائع (٢١٣/٧) ، المبسوط (٧٦/١٨) ، حاشية قرة العيون (١٥٧/٨) . وبه قال المالكية ، وفي الذخيرة : لو قال غصبته من فلان لا بل من آخر فهو للأول وقضي للثاني بقيمته يوم الغصب إن كان مقومًا ، وبمثله إن كان مثليًا ولا يمين عليهما على قول ابن القاسم . انظر الذخيرة (٣٤٠/٩) ، شرح الخرشي (٩٨/٦) . وبه قال الحنابلة . جاء في المغني : « وإن قال غصبت هذه الدار من زيد ، لا بل من عمرو ، أو غصبتها من زيد وغصبها زيد من عمرو حكم بها لزيد ولزمه تسليمها إليه ، ويغرمها لعمرو » . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٨٨/٥) ، كشاف القناع (٤٧٦/٦) ، الإنصاف (١٩٧/١٢) .

(٣) هذا هو الصحيح في المذهب الشافعي ، قال الشيرازي : إن قال غصبتها من زيد ، لا بل من عمرو ، حكم بها لزيد وهل يلزمه أن يغرم قيمتها لعمرو ؟ فيه قولان : الصحيح يلزمه ، ووجه هذا القول عند الشافعية : أنه بالإقرار الأول مفوت على الثاني بفعله فصار كالمستهلك ، فلزمه الغرم ، وأنه مقر للثاني بالغصب والغصب موجب لغرم القيمة عند تعذر ردّ العين وإن كانت قائمة ، كالعبد الآبق ، والمغصوب من الغاصب . انظر المهذب (٤٤٨/٢) ، الحاوي الكبير (٣٩/٧) ، مغني المحتاج (٢٥٧/٢) .

(٤) انظر مختصر المزني مع الأم (١٥/٣ ، ١٦) ، الحاوي الكبير (٣٨/٧) ، المهذب (٤٤٨/٢) ، مغني المحتاج (٢٥٧/٢) ، وعبارة المزني : ولو قال غصبتها من فلان ، لا بل من فلان ، كانت للأول ، ولا غرم عليه للثاني ، وكان الثاني خصمًا للأول .

١٥٧٨٥ - لنا : أنه أقر بغصب وانتقل ، فإذا تعذر رده عليه لزمه قيمته [١] . أصله [٢] : إذا أقر له ابتداء ثم سلمه [٣] إلى غيره [٤] .

١٥٧٨٦ - ولا يلزم إذا قال هذا لزيد / ، لا ، بل لعمرو ثم [٥] سلمه إلى الأول بقضاء [٦] .

١٥٧٨٧ - لأنا قلنا : أقر [بالغصب ، ولأنه أقر بنقل مضمون في ملكه ، فوجب أن يلزم الضمان . أصله : إذا أقر] [٧] بالقتل [٨] .

١٥٧٨٨ - ولأنه أقر له بغصب ، وتعذر تسليم المغصوب بفعله ، فصار كما لو قتله [٩] .

١٥٧٨٩ - احتجوا : بأنه أقر به لغيره فلا يتعلق به الضمان . أصله : إذا أقر له من غير ذكر الغصب وسلم إلى الأول بقضاء [١٠] .

١٥٧٩٠ - قلنا : هناك لم يوجد فيه فعل مضمون ، وإنما وجد مجرد الإقرار ، وذلك لا يتعلق به ضمان في ملك الغير . وفي مسألتنا : أقر بفعل مضمون عليه ، فإذا تعذر الرد وجب الضمان .

١٥٧٩١ - قالوا : إذا سلّمه القاضي إلى الأول بمقتضى إقراره فكأنه هو الذي سلمه ، لأنه [١١] الفاعل . للسبب [١٢] .

---

(١) قيمة الشيء قدره وقيمة المتاع ثمنه بالتقويم . انظر لسان العرب (٣٧٨٣/٥) ، المصباح المنير (٧١٤/٢) ، الأشباه والنظائر ص٣٦٣ ط دار الكتب العلمية ، بيروت .

(٢) في (ع) ، (م) : [أصلنا] .

(٣) في (ع) ، (م) : سلم .

(٤) جاء في بدائع الصنائع (٢١٣/٧) أن « الغصب سبب لوجوب الضمان ، فكان الإقرار به إقرارًا بوجود سبب وجوب الضمان ، وهو رد العين عند القدرة وقيمة العين عند العجز ، وقد عجز عن رد العين إلى المقر له الثاني فيلزمه رد قيمته .

(٥) في (ع) ، (م) : [ربما] .

(٦) إن دفعها بقضاء القاضي لم يضمن للثاني شيئًا عند أبي يوسف ، لأن مجرد إقراره لم يتلف على الثاني شيئًا ، والدفع حصل بقضاء فلا يوجب الضمان عليه . انظر المبسوط (٧٦/١٨) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٨) القتل هو : فعل يحصل به زهوق الروح . انظر المصباح المنير ٦٧١/٢ ، التعريفات ص١٨٦ .

(٩) وجب عليه رد المغصوب كما يجب من قتل نفسًا أن يقتص منه أو يقدم الدية لأن رجوعه عن الإقرار باطل فيلزمه القيمة عند تعذر رد المغصوب . انظر المبسوط (٧٦/١٨) .

(١٠) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٣٩/٧) .

(١١) في (ع) ، (م) : [لأن] .

(١٢) جاء في الحاوي الكبير (٣٩/٧) أنه « إن سلمها بنفسه لزم الغرم قولًا واحدًا لما باشره من الأصالة بالتسليم ، فإن سلمها الحاكم فعلى قولين ، لأنه حكم لا يقدر على رده » .

١٥٧٩٢ - قلنا : في مسألتنا قد وجد السبب من الغاصب وانضم إليه الفعل ومع ذلك لا ضمان عندهم . ويبطل على أصلهم بالشهود بالمال إذا رجعوا ؛ فإنهم لا يضمنون وإن كان [الفعل] [1] بسبب وجد منهم .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

حكم ما إذا قال لك علي ألف درهم ثم جاء بألف وقال كانت وديعة

١٥٧٩٣ - قال أصحابنا : إذا قال لفلان عليّ ألف درهم ثم جاء بألف قال هذه التي أقررت بها كانت وديعة عندي ، فقال المُقَرّ له : لي عليك ألف وهذه لي عندك [وديعة] (١) فالقول قول المقَرّ له ، ويلزمه ألف آخر (٢) .

١٥٧٩٤ - وقال الشافعي : يقبل قول المُقِرّ (٣) [مع يمينه] (٤) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ : « والوديعة : المال المتروك عند إنسان على وزن فعيلة من الودع وهو ترك : وهي أمانة دفعت إلى الغير ليكون حافظًا لها فإذا تمت الوديعة بالإيجاب والقبول فحكمها وجوب الحفظ ، فإن هلك المال في يد المودَع فلا يضمنه بدون التعدي ويضمنه بالتعدي » انظر : طلبة الطلبة ص٢١٧، حاشية قرة العيون (٣٢٨/٨) .

(٢) في (ص) : [أخرى] ، والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) : [لأن الألف مذكر] . وانظر لسان العرب (١٠٧/١) . انظر هذه المسألة الفقهية في مختصر الطحاوي ص١١٤ ، معين الحكام ص١٢٧ ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر ، ومجمع الأنهر (٢٩٢/٢) ، حاشية رد المحتار (٥٩٢/٥) . وقال المالكية : « لو أقر بوديعة لرجل ، وادعى أنه دفعها إليه ، وكان مصدقًا كان القول قول المقر . وفيها قول آخر لمالك وأصحابه أيضًا : أن القول قول رب المال أن له وديعة . وفيها قول ثالث أنهم أيضًا قالوا : إن علم أن المقر حركه أو اشترى به أو شرع في ذلك فالقول قول ربه ، لأنه لا يعمل فيه مودعًا . وإن لم يحركه فالقول قول المقر . انظر الخرشي (٩٠/٦) ، الكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر (٤٥٩/١) .

(٣) انظر الحاوي الكبير (٤٣/٧) ، المهذب (٤٤٧/٢) ، حلية العلماء (٣٥٦/٨) ، وروضة الطالبين (٣٩٩/٤) . ولكن في المهذب وحلية العلماء وروضة الطالبين أن فيه قولين ، قال الشيرازي : وإن قال لفلان عليّ ألف درهم ثم أحضر ألفًا وقال هي التي أقررت بها وهي وديعة . فقال المقر له : هذه وديعة لي عنده ، والألف التي أقر بها دين لي عليه غير الوديعة ففيه قولان : أحدهما أنه لا يقبل قوله لأن قوله إخبار عن حق واجب عليه ، فإذا فسر بالوديعة فقد فسر بما لا يجب عليه فلم يقبل ، والثاني : أنه يقبل ، لأن الوديعة عليه ردها وقد يجب عليه ضمانها إذا تلفت .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ . وهذه الإضافة موجودة في مختصر المزني (١٦/٣) ، الحاوي الكبير (٤٤/٧) ، قال الماوردي : « القول قول المقر مع يمينه وليس عليه غيرها ، وعند الحنابلة وجهان كالقولين عند الشافعية . وجاء في المغني مع الشرح الكبير : وإذا قال لك عليّ مائة درهم ثم أحضرها ، وقال هذه التي أقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي أقررت بها غيرها وهي دين عليك ، فقول الخرقي يقتضي أن القول قول المقر له ، وقال القاضي : القول قول المقر مع يمينه . انظر الشرح الكبير مع المغني =

١٥٧٩٥ - لنا : أنه أقر بألف عليه مطلقًا ، فإذا فسرها بوديعة لم يُقبل . أصله : إذا قال بعد الإقرار : كانت وديعة فهلكت [١] .

١٥٧٩٦ - ولأنه أقر بما يحمل [٢] ظاهره على الدين ، فلا يصدق في الوديعة بعد استقرار الكلام . أصله : إذا قال له : عليّ ألف دِينار ثم قال وديعة [٣] .

١٥٧٩٧ - ولأن ظاهر قوله [عليّ] [٤] يقتضي الضمان ، بدلالة أنه إذا قال له [٥] مَا لَكَ على فلان عليّ كان كفيلًا [٦] ؛ فلولا أن اللفظ ظاهره يفيد الضمان لم تصح الكفالة ، ومتى كان ظاهر اللفظ الضمان لم يصدق في صرفه عن ظاهره .

١٥٧٩٨ - احتجوا : بأن عليّ يقتضى الوجوب وما في الذمة يجب عليه أداؤه كما يجب أن يؤدى ما في يده ، وإذا صلح اللفظ لها قُبل تفسيره [٧] .

١٥٧٩٩ - قلنا : هذا غلط لأن قوله عليّ معناه واجب أو مستقر عليّ . وهذا يقتضي أن يتعلق الوجوب بها ؛ فالوديعة لا يتعلق الوجوب بها ، وإنما يتعلق بردها ، فإذا صرف الوجوب عن العين إلى الفعل كان تاركًا لظاهر كلامه .

١٥٨٠٠ - فإن قيل : لو قال له عندي . ثم فسر فقال هو دين قبل قوله ، لأن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض [٨] .

١٥٨٠١ - [قلنا : إذا قال عندي ثم فسّر بالدين قُبل ؛ لأن الوديعة قد تعتبر دينًا بالتعدي فأمكن حمل إقراره على صفة . فإذا قال : عليّ ، ثم فسّره بالوديعة لم يصح ذلك . فهذا لأن الدين لا يصير وديعة . وأما قولهم : إن حروف الصفات يقوم بعضها

=(٣١٨/٥ ، ٣١٩) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٠٩/٥ ، ٣١٠) ، المبدع في شرح المقنع (٣٤٢/١٠) .

(١) انظر المهذب ٤٤٧/٢ ، المغني مع الشرح الكبير ٣٠٩/٥ .

(٢) في (ع) ، (م) : [يحتمل] .

(٣) لا يقبل قوله لأن الدين ثبت في الذمة بإقراره ولا يستطيع الرجوع عنه . انظر المبسوط (٧٦/١٨) ، المغني (٢٨٨/٥) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٥) (له) ساقط من (ص) وفي (ع) ، (م) : [إذا قال له] وهو الصواب .

(٦) الكفالة عبارة عن ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة . انظر الهداية (٨٧/٣) ، الاختيار (٢٢٦/٢) .

(٧) المغني مع الشرح الكبير (٣٠٩/٥) .

(٨) انظر الحاوي الكبير (٤٤/٧) ، عبارته (إن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض ، فجاز أن يقول عليّ بمعنى عندي) .

مقام بعض] [١] فهو كذلك إلا أنه غير الظاهر .

١٥٨٠٢ - قالوا : قال الله تعالى : ﴿ وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنبٌ ﴾ [٢] معناه عندي ذنب [٣] .

١٥٨٠٣ - قلنا : معنى قوله ﴿ عَلَيَّ ذَنبٌ ﴾ أي جناية أو حكم أو دية [٤] فلم يكن بنا [٥] ضرورة إلى حمله على [٦] غير ظاهرة .

• • •

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) من سورة الشعراء : الآية رقم (١٤) .

(٣) انظر الشرح الكبير (٢٠٩/٥) ، قال ابن قدامة : « لأن حروف الصفات يخلف بعضها بعضًا ، فيجوز أن يستعمل عليّ بمعنى عندي ، كما قال تعالى إخبارًا عن موسى عليه السلام أنه قال : ﴿ وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنبٌ ﴾ أي عندي . وحروف الصفات هي حروف الجر .

(٤) الدية هي المال الواجب في الشرع بدل النفس ، وجمعها الديات ، وقد ودَيْتُ المقتول أي أديت ديته ، فالدية اسم للمال ومصدر أيضًا انظر طلبة الطلبة ص٣٢٧ ، التعريفات ص١١٧ .

(٥) في (ع) ، (م) : [منا] .

(٦) في (ع) ، (م) : [إلى] .

مسألة ٧٨٨

إقرار العبد المأذون بالغصب

١٥٨٠٤ - قال أصحابنا : إذا أقر العبد المأذون بالغصب صح إقراره ، ولزمه فيما في يده أو يباع فيه [١] .

١٥٨٠٥ - وقال الشافعي : يلزمه بعد الحرية [٢] .

١٥٨٠٦ - لنا : أنه أقر علي نفسه ببدل عين مملوكة فوجب أن يؤخذ مما في يده ، أصله : إذا أقر بثمن متاع .

١٥٨٠٧ - ولأنه لو أقر بثمن متاع أخذ منه في الحال ، فكذا إذا أقر ببدل غصب أخذ منه في الحال . أصله : الحر وعكسه العبد المحجور [٣] .

١٥٨٠٨ - ولأن ما يتعلق به دين المأذون إذا أقر بثمن متاع تعلق به ، كما إذا أقر بالغصب . أصله : ذمته . وهذه مبنية علي أن ديون العبد تتعلق بما في يده وبرقبته . وقد بينا هذه المسألة في البيوع [٤] .

* * *

(١) انظر المبسوط (١٤٩/١٨) ، وقيل : قوله يباع فيه هو قول الإمام أبي يوسف خاصة .

(٢) انظر مختصر المزني مع الأم (١٦/٣) ، الحاوي الكبير (٤٠/٧ ، ٤١) ، مغني المحتاج (٢٣٩/٢) ، روضة الطالبين ٣٥١/٤ . قال الماوردي : « إن كان العبد مأذونًا له في التجارة تعلق إقراره بما في يده من أموال التجارة ، لأنه بالإذن في التجارة مسلط على الإقرار بموجبها . فإن ضاق ما بيده عن دينه الذي أقر به كان الفاضل عنه في ذمته بعد إذا أعتق وأيسر به ولا يتعلق برقبته . قال الشافعي رحمه الله : لا يجوز إقرار العبد في المال إلا أن يأذن له سيده في التجارة فإن لم يأذن سيده فمتى عتق وملك غرم ، ولا يجوز إقراره في القتل والقطع والحد ، لأن ذلك علي نفسه .

(٣) المبسوط (١٤٩/١٨) .

(٤) لم يتعرض الإمام القدوري لإيراد أدلة الشافعية على مذهبهم . ودليلهم أن « كل حق ثبت برضاء مستحقه كان محله فى الذمة دون الرقبة قياسًا علي غير المأذون له في التجارة ، ولأنه كما استوى حق الجناية من المأذون له وغير المأذون في تعلقه بالرقبة وجب أن يستوي حكم المداينة من المأذون له وغير المأذون في تعلقه بالذمة » . انظر الحاوي الكبير (٤١/٧) .

مسألة ٧٨٩

حكم ما لو أقر لشخص بدرهم تحت درهم أو فوق درهم أو معه درهم أو درهم فدرهم أو درهم ودرهم أو درهم ثم درهم أو قبله درهم وبعده

١٥٨٠٩ – قال أصحابنا : إذا قال [له] (١) عليّ درهم [تحت درهم] (٢) لزمه درهم . ولو قال معه درهم أو فوق درهم أودراهم أو ثم درهم لزمه درهمان (٣) .

١٥٨١٠ – وقال الشافعي : إذا قال تحت درهم أو فوق درهم فعليه درهم [واحد] (٤) ،

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) جاء في المبسوط (٧/١٨ ، ٨) أنه لو « قال : عليّ درهم مع درهم فالأصل في جنس هذه المسائل أنه متى ذكر الوصف بين الاثنتين فإن ألحق به حرف هاء يكون الوصف منصرفًا إلى المذكور آخرا . وإن لم يلحق به حرف الهاء يكون نعتًا للمذكور أولًا ، كالرجل يقول جاءني زيد قبل عمرو فتكون قبل نعتًا لمجيء زيد ، ولو قال جاءني زيد قبله عمرو يكون قبل نعتًا لمجيء عمرو ، ولو قال له : عليّ ألف درهم مع أو معه درهم صار مقرًا بهما ، لأن كلمة مع للضم والقران . ولو قال له عليّ درهم قبل درهم يلزمه درهم واحد ، لأن قبل نعت للمذكور أولًا كأنه قال قبل درهم آخر يجب عليّ . ولو قال قبله درهم فعليه درهمان ، لأنه نعت للمذكور آخرًا أي قبله درهم قد وجب عليّ . ولو قال درهم بعد درهم أو بعده درهم يلزمه درهمان ، لأن بعد درهم قد وجب علي أو بعده درهم قد وجب لا يفهم من الكلام إلا هذا . وكذلك لو قال درهم ودرهم لأن الواو للعطف وموجب العطف الاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه في الخبر فصار مقرًا بهما ، ولو قال درهم فدرهم يلزمه درهمان . وعند المالكية : إذا قال : علي درهم ودرهم أو درهم بدرهم أو درهم مع درهم أو فوق درهم أو تحت درهم أو قبل درهم أو بعد درهم لزمه درهمان . ولو قال درهم بل دينار لزمه الدينار وسقط الدرهم . وإن قال قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة . ولو قال له علي درهم فوق درهم أوتحت درهم أو مع درهم أو معه درهم وجب درهم واحد ، لأنه يحتمل « درهم » في الجودة أو فوق درهم لي . وقيل درهمان . ولو قال له علي دراهم يلزمه ثلاثة . وفي الجواهر : لو قال له علي درهم أو درهم بدرهم لزمه درهم . وللطالب إحلافه أنه ما أراد درهمين . لأن لفظه دائر بين التأكيد والإنشاء . ولو قال : درهم ودرهم أو ثم درهم يلزمه درهمان ، لأن العطف يقتضي التغاير . ودرهم مع درهم أو تحت درهم أو فوق درهم لزمه درهمان ، لأن المعية والفوقية والتحتية تقتضي التعدد . وكذلك درهم علي درهم وقيل : درهم واحد ، لأن عليّ درهم يحتمل علي درهم آخذه ، ودرهم قبل درهم أو بعد درهم لزمه درهمان . ودرهم بل درهمان يلزمه درهمان ، لأن بل للإضراب . فقد أضرب عن الاقتصار علي الواحد . انظر قوانين الأحكام ص٣٣١ ، الذخيرة (٢٧٥/٩ – ٢٧٨) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . انظر ذلك في المهذب (٤٤٥/٢) ، الحاوي الكبير (٥٦/٧) . =

وكذلك لو قال واحد درهم فدرهم [١] .

١٥٨١١ - ووافقنا في قوله : قبله درهم أو بعده درهم [٢] وفي قوله درهم ثم درهم [٣] وفي قوله : درهم ودرهم [٤] .

١٥٨١٢ - لنا : أنه أقر بشيء عطف عليه مثله بما [لا] [٥] [يوجب التخيير فوجب أن يلزماه إذا لم يكن استدراكًا . أصله إذا قال درهم ودرهم .

١٥٨١٣ - ولا يلزم إذا قال : درهم أو درهمان لأن هذا للتخيير] [٦] .

= جاء في الماوردي : « لو قال درهم تحت درهم أو درهم فوق درهم فعليه درهم . لجواز أن يقول فوق درهم في الجودة أو تحته في الرداءة ، وهو اختيار الربيع أن ليس عليه إلا درهم واحد . وفيه قول ثان : قاله الشافعي كتلله في كتاب الإقرار والمواهب من الأم أن عليه درهمين » .

(١) الحاوي الكبير (٥٥/٧) ، حلية العلماء (٣٤٤/٨) ، مغني المحتاج (٢٥٢/٢) ، المهذب (٤٤٤/٢) . روى عن الشاشي القفال أنه وإن قال له عليّ درهم فدرهم لزمه درهم فإن قال لامرأته أنت طالق فطالق وقع طلقتان . واختلف أصحاب الشافعية في ذلك فقال أبو علي بن خيران : لا فرق بين المسألتين وجعلهما على قولين ، ومنهم من قال : يلزمه في الإقرار درهم واحد ، وفي الطلاق يقع طلقتان ، وفرق بينهما .

(٢) الحاوي (٥٧/٧) ، حلية العلماء (٣٤٥/٨) ، المبسوط (٨/١٨) . قال القفال : وإن قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم يلزمه درهمان وقال المزني في الإقرار والمواهب أنه يلزمه درهم .

(٣) جاء في الحاوي الكبير (٥٦/٧) ، أنه لو قال له عليّ درهم ثم درهم لزمه درهمان ، لأن ثم موضوعة لعطف التراخي .

(٤) جاء في الحاوي الكبير (٥٥/٧) أنه لو قال عليّ درهم ودرهم فهما درهمان ، قال الماوردي : لأنه عطف على الأول بواو النسق فاقتضى اثنان في الحكم ، كما لو قال : رأيت زيدًا وعمرًا . وفي هذا يستوي الإقرار مع قوله أنت طالق وطالق في لزوم طلقتين . ويخالفه في الطلقة الثالثة في أنها على قولين . وعند الحنابلة : وإن قال له عليّ درهم ودرهم أو درهم فدرهم ثم درهم لزمه درهمان . وذكر القاضي وجهًا فيما إذا قال درهم فدرهم وقال أخذت درهمًا فدرهم لزمه درهمان ، لأن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فأشبهت الواو وثم . ولأنه عطف شيئًا علي شيء بالفاء فاقتضى ثبوتهما ، كما لو قال أنت طالق فطالق . وإن قال له علي درهم ودرهمان لزمه ثلاثة . وكذا إذا قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة . وإن قال له علي درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان . وإن قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان ، وإن قال قبله وبعده درهم لزمه ثلاثة ، لأن قبل وبعد تستعمل للتقديم والتأخير في الوجوب . وإن قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم ، لأنه يحتمل فوق درهم في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم ، ولو قال له علي درهم معه درهم لي ، قال أبو الخطاب يلزمه درهمان . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٩٥/٥ - ٢٩٨) ، الإنصاف (٢٢٥/١٢) .

(٥ ، ٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

١٥٨١٤ - ولا يلزم إذا قال بل درهمان ؛ لأنه للاستدراك ، ولأنه عطف علي المقر به [١] كما [مر] [٢] فلزمه ، كما لو قال درهم ثم درهم ، ولأن الفاء للترتيب فما عطف به لزمه درهم [٣] .

١٥٨١٥ - وقد قالوا : الصحيح من المذهب في قوله : أنت طالق فطالق أنه تطليقتان [٤] وإنما التزم ابن خيران .

١٥٨١٦ - ونقل جواب الإقرار إلى الطلاق ، فقال في كل واحد منهما قولان [٥] . والكلام مع الشافعي ، فنقول : كما لو عطف به تطليقة كان تطليقتين ، فإذا عطف به درهما علي درهم كان درهمين كالواو [٦] .

١٥٨١٧ - ولأن قوله : فوقه درهم أو فوق درهم يقتضي زيادة درهم فلزمه درهمان كما لو قال قبله درهم [٧] .

١٥٨١٨ - احتجوا : بأن قوله قدر درهم [٨] يحتمل أن يكون أراد به فدرهم [٩] لازم أو بدرهم جيد وإذا احتمل لم يلزم [١٠] .

١٥٨١٩ - قلنا : الفاء عاطفة وظاهر العطف أنه غير المعطوف عليه فلا نسلم الاحتمال [١١] .

---

(١) في (ع) ، (م) : [المقر له] .

(٢) في (ع) ، (م) : [ترتب] والصواب ما أثبتناه بدلالة السياق .

(٣) انظر المبسوط (٨/٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٢٩٦/٥) .

(٤) الحاوي الكبير (٥٥/٧) ، المهذب (٤٤٤/٢) ، حلية العلماء (٣٤٤/٨ ، ٣٤٥) ، مغني المحتاج (٢٥٢/٢) .

(٥) كان الشيخ أبو علي بن خيران رحمه الله يقول : لا فرق بين الإقرار بدرهم فدرهم وبين قوله لامرأته أنت طالق فطالق فجعلهما على قولين . وقال بعض الشافعية : يلزمه في الإقرار درهم ، وفي الطلاق طلقتان . والفرق بينهما أن الطلاق لا يدخله التفضيل ، والدراهم يدخلها التفضيل ، فيجوز أن يريد له عليه درهم فدرهم خير منه . المهذب (٤٤٤/٢) ، مغني المحتاج (٢٥٢/٢ ، ٢٥٣) الحاوي (٥٥/٧ ، ٥٦) وقد أشار إليه الإمام الشافعي في الأم (٢٣٨/٦) .

(٦) انظر المهذب (٢٤٤٤/٢) ، مغني المحتاج ٢٥٢/٢ ، الحاوي (٥٥/٧ ، ٥٦) .

(٧) انظر المبسوط (٨/١٨) .

(٨) هكذا في جميع النسخ [قدر درهم] والصواب [درهم فدرهم] .

(٩) في (ع) ، (م) : [فدرهم وهو الصواب] وفي (ص) : [قدر درهم] .

(١٠) مغني المحتاج (٢٥٢/٢) ، المهذب (٤٤٥/٢) .

(١١) جاء في المبسوط (٨/١٨) : « أن الفاء للوصل والتعقيب ، فقد جعل الثاني موصولاً بالأول ، ولا =

١٥٨٢٠ - قالوا : الفاء قد تكون عاطفة وقد تكون صارفة بدلالة قولهم : يريد أن يُغرِبَه فيعجمه معناه : فهو يعجمه [١] .

١٥٨٢١ - قلنا : الفاء تكون عاطفة وتكون مجازية وتكون زائدة ، ولا يجوز حملها علي الزائد لأن ذلك لا يصار إليه إلا بدليل . وأما أنها صارفه فلا يعرف . وقوله يريد أن يُعربه [٢] فيعجمه عطف جملة من مبتدأ وخبر علي جملة من فعل وفاعل ، وإحدى الجملتين غير الأخرى .

١٥٨٢٢ - قالوا : إذا قال فوق درهم احتمل في الجودة وفي المكان ، فصار كقوله تحت درهم [٣] .

١٥٨٢٣ - قلنا : ظاهر فوق أنه يستعمل في الزيادة ، بدلالة قوله لفلان عليّ فوق ألف وفوق مائة ، ولأن هذا ظرف مكان تقديره [٤] له [عليّ] [٥] درهم مستقر علي درهم فيقتضي وجوبهما عليه .

* * *

=يتحقق هذا الوصل إلا بوجوبها وكان هذا الوصل في معنى العطف .

(١) في لسان العرب الفاء حرف هجاء وهي من حروف العطف ولها ثلاثة مواضع يعطف بها وتدل على الترتيب والتعقيب مع الإشراك ، تقول ضربت زيدًا فعمرًا ، وجاء في مقام آخر يريد أن يعربه فيعجمه معناه يريد أن يبينه فيجعله مشكلًا لا بيان له . قال الفراء : رفعه على المخالفة لأنه يريد أن يعربه ، ولا يريد أن يعجمه . انظر لسان العرب (٣٣٣٣/٥) ، (٢٨٢٥/٤) ، (٢٨٢٦) . وانظر الحاوي الكبير (٥٦/٧) .

(٢) يُغرِبُه : يبينه ويوضحه .

(٣) انظر المهذب (٤٤٥/٢) ، التكملة الثانية للمجموع (٣١٢/٢٠) .

(٤) في (ص) : [تقدير بحذف الضمير الغائب المتصل] ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

مسألة ٧٩٠

حكم الإقرار بألف في مجلسين

١٥٨٢٤ - قال أبو حنيفة : إذا أقر بألف في مجلس ، وأقر بألف في مجلس آخر لزمه ألفان [١] . وإن كان ذلك في مجلس واحد فذكر أبو بكر الرازي عن أبي الحسن أنه كذلك أيضًا [٢] وأنه لا فرق بين المجلس والمجلسين [٣] .

١٥٨٢٥ - وذكر الطحاوي [٤] [أنه في المجلس الواحد مال واحد [٥] .

١٥٨٢٦ - وظاهر الأصل [٦] يدل علي ما حكى الطحاوي] [٧] لأنه قال : ولو أقر له بمائة في موطن ثم أقر له في موطن آخر بمائة درهم وأشهد به شاهدين فإنه يؤخذ بمائتين إذا ادعاه الطالب ، وكذا لو كانت الثانية أقل أو أكثر أخذ بذلك كله في قول أبي

---

(١) المبسوط (٩/١٨ ، ١٠) ، حاشية الطحاوي (٣٣٥/٣) ، مختصر اختلاف العلماء (٢١٣/٤ ، ٢١٤) ، الفتاوى الهندية (١٦٨/٤) ، تكملة حاشية ابن عابدين (١٣٩/٨) ، وقال الصاحبان من الحنفية : أنه لا يلزمه إلا ألف واحد .

(٢) وهو ما روي الحسن عن زفر . انظر مختصر اختلاف العلماء (٢١٤/٤) .

(٣) بناء على أن التأسيس خير من التأكيد والمجلس والمجالس فيه سواء . انظر تكملة حاشية ابن عابدين (١٣٩/٨) ، والأشباه والنظائر لابن نجيم ، وحاشية الطحطاوي علي الدر المختار (٣٣٥/٣) .

(٤) هو الإمام أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي الأزدي المصري ، ولد عام ٢٢٩ أو ٢٣٠هـ والطحاوي بفتح الطاء والحاء المهملتين نسبة إلى طحية أو طحا قرية بصعيد مصر ، قرأ على المزني الشافعي وهو خاله ، وكان الطحاوي يكثر النظر في كتب الحنفية فقال له المزني : والله لا يجئ منك شيء فغضب وانتقل من عنده وتفقه في مذهب أبي حنيفة وصار إمامًا ، له تصانيف كثيرة منها أحكام القرآن والمعاني والآثار ومشاكل الآثار والمختصر والعقيدة واختلاف الفقهاء الذي ما زال مخطوطًا . أخذ الطحاوي الفقه عن أبي جعفر أحمد بن عمران الحنفي ، ثم خرج إلى الشام فلقي أبا خازم عبد الحميد قاضي القضاة بالشام ، فأخذ عنه وعن عيسى بن أبان بن محمد ، كان إمامًا في الأحاديث والأخبار والفقه ، قال الشيخ أبو إسحاق : انتهت إليه رئاسة الحنفية بمصر ، توفي رحمه الله ليلة الخميس في مستهل ذي القعدة سنة ٣٢١هـ . انظر البداية والنهاية (١٧٤/١١) ، سير أعلام النبلاء (٢٧/١٥) ، مرآة الجنان (٢٨٠/٢) ، الجواهر المضية (٢٧١/١) ، الفوائد البهية (٢٣ ، ٣٣) ، شذرات الذهب (٢٨٨/٢) ، الفهرست ص٢٩٢ .

(٥) انظر تكملة حاشية ابن عابدين (١٣٩/٨) ، حاشية الطحطاوي على الدر المختار (٣٣٥/٣) .

(٦) انظر مختصر اختلاف العلماء (٢١٣/٤) .

(٧) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ .

١٥٨٢٧ - أما في قول أبي يوسف ومحمد فهو مال واحد يؤخذ بالأكثر في ذلك [١] والموطن [٢] في هذا والموطنان سواء حتى يجيء في [٣] الإقرار أنه يدل على أن المال الأول غير الآخر ، فقوله في موطن آخر يدل على أن الموطن الواحد بخلافه [٤] .

١٥٨٢٨ - وقد قال أصحابنا : إذا قال له عليَّ [ألف] [٥] بل ألفان أن الألف مُدْخَلٌ في الألفين ، فلولا أن المجلس الواحد يحمل الإقرار فيه على مال واحد لم يصح هذا [٦] . ولو ادعى عليه ألفا عند القاضي فأقر به ، ثم ادعى في يوم آخر عليه ألفا فأقر به فإنه مال واحد ، ذكره الطحاوي عن ابن سماعة [٧] عن أبي يوسف [٨] .

١٥٨٢٩ - قال : وهو قول أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ . ولو كان المال المقر به في صك فإنه مال واحد ، وإن أقر به في مجلسين [٩] . وإن أشهد شاهدين على ألف قدمه إلى القاضي

---

(١) انظر مختصر اختلاف العلماء (٢١٣/٤) .

(٢) في (ع) : [المواطن] .

(٣) في (ع) ، (م) : [من] .

(٤) انظر المبسوط (٩/١٨ ، ١٠) ، الفتاوى الهندية (١٦٨/٤) ، تكملة حاشية ابن عابدين (١٣٩/٨ - ١٤١) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) وموجود في هامش (ص) .

(٦) من قال له علي ألف لا بل ألفان يلزمه في القياس ثلاثة آلاف . وبه قال زفر بن الهذيل . وفي الاستحسان يلزمه ألف . وجه القياس أن (لا بل) لاستدراك الغلط بالرجوع عن الأول وإقامة الثاني مقام الأول ، فرجوعه عن الإقرار بالألف باطل وإقراره بالألفين على وجه الإقامة مقام الأول صحيح فيلزمه المالان ، كما لو قال علي مائة درهم لا بل مائة دينار فيلزمه مائة درهم ومائة دينار . ووجه الاستحسان أن الإقرار إخبار ، والغلط يتمكن في الخبر ، والظاهر أن مراده بذكر المال الثاني استدراك الغلط بزيادة على المال الأول لا ضم الثاني إلى الأول . ألا ترى أن الرجل يقول : سني خمسون لا بل ستون وهكذا . انظر المبسوط (٩/١٨ ، ١٠٤) ، مختصر اختلاف العلماء (٢٢٠/٤) .

(٧) في جميع النسخ (أبي سماعة) والصواب ما أثبتناه وهو القاضي أبو عبد الله محمد بن سماعة بن عبد الله التيميي ولد عام ١٣٠هـ ، وحدث عن الليث بن سعد وروي عن أبي يوسف ومحمد بن الحسن ، وأخذ الفقه عنهما وعن الحسن بن الزياد اللؤلؤي . ولي القضاء للمأمون ببغداد ، بعد وفاة أبي يوسف عام ١٩٢هـ وبقي فيه إلى أن ضعف بصره . من مصنفاته : كتاب أدب القاضي والمحاضر والسجلات وتلخيص الاكتساب في الرزق المستطاب والنوادر . توفي سنة ٢٣٣هـ . انظر ترجمته في البداية والنهاية (٣١٢/١٠) ، سير أعلام النبلاء (٦٤٦/١٠) ، العبر (٣٢٦/١) ، شذرات الذهب (٨٧/٢) ، الفوائد البهية ص١٧٠ - ١٧١ ، الجواهر المضية (١٦٨/٣ - ١٧٠) ، تاج التراجم ص٤٥ وأخبار أبي حنيفة وأصحابه ص١٥٤ - ١٥٥ ، الفهرست ص٢٨٩ .

(٨) انظر مختصر اختلاف العلماء (٢١٣/٤ ، ٢١٤) .

(٩) في (ع) ، (م) : [في مجلس] .

فادعى عليه ألفا فأقر بها فهما ألف واحد . ولو جاء بشاهدين علي ألف وجاء بشاهدين علي ألف ولا يعلم في مجلس واحد شهداء وفي مجلسين فهما مالان ، إلا أن يعرف أنه في موطن واحد [(١)] . ولو أشهد شاهدًا في موطن وشاهدا آخر في موطن فهما مال واحد [(٢)] .

١٥٨٣٠ - وقال الشافعي : إذا أقر له يوم السبت بدرهم ويوم الأحد بدرهم فهو درهم واحد [(٣)] .

١٥٨٣١ - لنا : أنه أشهد على مالٌ منكَّرٍ ليوم استيفاء الإشهاد علي مال في مجلس آخر فوجب أن يلزمه المالان . أصله إذا أشهد أن له ألفا من ثمن عبد اشتراه يوم الجمعة ، وأشهد في مجلس آخر أن له ألفا من ثمن عبدٍ اشتراه يوم السبت .

١٥٨٣٢ - ولا يلزم إذا ادعى المقر له مالًا واحدًا ؛ لأنه قد لزم المقر وإنما أسقط المقر له .

١٥٨٣٣ - ولا يلزم إذا أشهد على ألف ثم أقر بألف عند القاضي ؛ لأن الثاني ليس بإشهاد .

١٥٨٣٤ - ولا يلزم إذا كرر الإقرار في مجلس واحد لأن المجلس والمجلسين سواء ، على طريقة أبي الحسن ، وقد احترزنا بقولنا في مجلس آخر .

١٥٨٣٥ - ولا يلزم إذا أشهد ، شاهدين بأنه أقر بألف يوم الخميس ، وشهد شاهد أنه أقر بألف يوم الجمعة ، لأنه لم يستوف [(٤)] الإشهاد في مجلس . ولا يلزم إذا كان في

---

(١) انظر المبسوط (١٠/١٨) .

(٢) انظر المبسوط (١٠/١٨) ، مختصر اختلاف العلماء (٢١٣/٤ ، ٢١٤) . قال السرخسي : لو كان أشهد على كل إقرار شاهدًا واحدًا ، ولم يُشهد على واحد من الإقرارين لم يلزمه إلا مال واحد .

(٣) هذا ما نقله المزني عنه فيما ذكره الماوردي الذي قال . إذا أقر بدرهم دفعتين فهو إقرار بدرهم واحد ، ما لم يخالف بين صفتيهما أو سببيهما . انظر مختصر المزني مع الأم (٢٢/٣) ، الحاوي الكبير (٥٩/٧) ، مغني المحتاج (٢٥٤/٢) ، المهذب (٤٤٤/٢) ، التكملة الثانية للمجموع (٣١٢/٢٠) . وذهب الإمام مالك إلى أنه إذا أشهد على نفسه في وثيقة أن لفلان عليه مائة ولم يذكر سببها ، ثم أشهد في وثيقة أخرى بمائة ، وهما متساويتان قدرًا ونوعًا فإنه يلزمه مائة واحدة . والثانية تأكيد للأولى . ويحلف المقر على ذلك إن ادعاهما المقر له . أما إن اختلفا قدرًا أو صفة فإنه يلزمه المائتان معًا . وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية ، فقالوا : إذا أقر بدرهم ، ثم أقر بدرهم ، لزمه درهم واحد ، لا فرق بين أن يكون الإقرار في وقت واحد أو في أوقات ، أو في مجلس واحد ، أو مجالس . المغني مع الشرح الكبير (٢٩٥/٥) ، شرح الخرشي (٩٦/٦) ، شرح الزرقاني على مختصر خليل (١٠١/٦) ، الذخيرة للقرافي (٢٨٥/٩) .

(٤) في (ع) : [لم يستوفي] . والصواب ما أثبتناه .

صك واحد ، لأن الثاني ليس بمنكرٍ ، بل نعرف أنه هو الذي أشهد عليه أولًا ، ولأنه أقر في مجلسين بمالين لم يتعلق أحدهما بالآخر من غير حاجة فوجب أن لا يدخل أحدهما بالآخر من غير حاجة كما لو أقر بألف / مؤجل ثم أقر بألف حال . ١٨١/أ

١٥٨٣٦ - فإن قيل : لا نسلم أنه أقر بمالين .

١٥٨٣٧ - قلنا : يعني أنه إذا أقر بألف ثم ألفين ولا يلزم إذا اجتهد ثم أقر عند القاضي ، لأن له إلى ذلك حاجة وكذلك إذا أشهد واحدا ثم أشهد آخر .

١٥٨٣٨ - ولا يلزم الصك الواحد [لأنه] [١] تعلق أحد الإقرارين بالآخر ، ولأنه أقر بألف منكرٍ فإذا أقر بألف منكرٍ فالظاهر أن الثاني غير الأول إلا أن تدل دلالة على خلافه يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿ فَإِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝ إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ﴾ [٢] .

١٥٨٣٩ - قال علي [٣] وابن عباس [٤] ﵄ « لن يغلب عسر يسرين » [٥] فلما عرف

(١) هكذا في جميع النسخ لعل الصواب لأنه .

(٢) من سورة الانشراح : الآية (٥) ، (٦) ، وانظر هذا الدليل في المبسوط (١٠/١٨) . والأصل أن المعرف والمنكر إذا أعيد معرفًا كان الثاني عين الأول أما المنكر إذا أعيد فإنه يكون غير الأول .

(٣) هو أمير المؤمنين الإمام أبو الحسن والحسين علي بن أبي طالب الهاشمي كناه الرسول ﷺ بأبي تراب رابع الخلفاء الراشدين وأحد العشرة المبشرين بالجنة ، وأحد أصحاب الشوري الستة ، وابن عم الرسول ﷺ وأخوه بالمؤاخاة ، وزوج ابنته فاطمة الزهراء ، وأول الناس إسلاما بعد خديجة بنت خويلد كان عنده عشر سنين ، وولي الخلافة بعد استشهاد أمير المؤمنين عثمان بن عفان سنة ٣٥هـ ولد قبل البعثة بعشر سنين واستشهد بيد عبد الرحمن بن ملجم ليلة الأحد ١٩ من رمضان سنة ٤٠ من الهجرة ، وعندما استشهد كان له من العمر ثلاث وستون سنة علي الأصح . انظر البداية والنهاية (٧/٢٢٣) ، أسد الغابة (٣/٢٥٥) ، الإصابة (٢/٥٠٧) ، الاستيعاب (٣/١٠٨٩) ، تهذيب الأسماء واللغات (١/٣٤٤) ، الأعلام (٥/١٠٧) .

(٤) هو الصحابي الجليل أبو العباس عبد الله بن عباس بن عبد المطلب القرشي الهاشمي ابن عم الرسول ﷺ يسمى حبر الأمة وترجمان القرآن ، ولد قبل الهجرة بثلاث سنين في شعب أبي طالب ، وكان عمره حين توفي رسول الله ﷺ ١٣ سنة على الأصح وتوفي ﵁ بالطائف سنة ٧٠ من الهجرة ، قال ابن عباس ﵁ ضمني رسول الله ﷺ وقال : اللهم علمه الحكمة . انظر الاستيعاب (٣/٩٣٣ - ٩٣٩) ، أسد الغابة (٣/١٨٦) ، الإصابة (٢/٣٣٠) ، وفيات الأعيان (١٣/٦٢) ، شذرات الذهب (١/٧٥) .

(٥) هذا القول منسوب إلى ابن عباس وابن مسعود وعمر بن الخطاب ، قال ابن عباس : يقول الله تعالى : « خلقت عسرًا واحدًا بين يسرين فلن يغلب عسر يسرين » . وروى مقاتل عن النبي ﷺ أنه قال لن يغلب عسر يسرين وقرأ آية الانشراح ، وجاء في الموطأ عن مالك عن زيد بن أسلم قال : كتب أبو عبيدة بن الجراح إلى عمر ابن الخطاب يذكر له جموعًا من الروم ، وما يتخوف منهم ، فكتب إليه عمر بن الخطاب : أما بعد فإنه مهما ينزل بعبد مؤمن من منزول شدة يجعل الله بعده فرجًا ، وأنه لن يغلب عسر يسرين ، إن مع العسر يسرًا ، إن مع العسر =

العسر [1] جعل [2] الثاني [عين] [3] الأول ولما نكر اليسر جعل الثاني غير الأول [4] .

١٥٨٤٠ - ولهذا قال أصحابنا : إذا قال لامرأته أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وربع تطليقة أنه ثلاث تطليقات ، لأنه لما نكر اختلف كل واحد عن الآخر . ولو قال : أنت طالق نصف تطليقة وثلثها كانت واحدة لأنه عرف الثلث . كذلك في مسألتنا [5] .

١٥٨٤١ - احتجوا : بأنه أقر بألف ، بعد هذا أقر له بألف فيحتمل الإخبار عن الأول ويحتمل استئناف غيره . وإذا احتمل الأمرين لم يلزمه إلا باليقين [6] . وتحريره إقراران لفظهما سواء ، فلا يلزمه إلا أحدهما كما لو كان في مجلس واحد [7] .

١٥٨٤٢ - قلنا : لا نسلم ما ذكرتموه من الأخبار ، لأن المفسر إنما يفسر من نفسه ، فإذا أكمل الشهادة فقد حصل المقصود فقوله بعد ذلك [له] [8] ألف منكر ، الظاهر أنه لو أراد الأولى لعرفها فلما لم ينكر ولم يكن هناك دليل يقتضي حمل إقراره على التكرار حمل على الإقرار المبتدأ كما لو كانا في صكين .

١٥٨٤٣ - فأما قولهم : إقراران لفظهما واحد فلا معنى له ؛ لأن عندهم لو أقر بألف ثم بألف أو بألف ثم بألفين دخل أحدهما في الآخر ، وإن اتفق لفظ أحد الإقرارين واختلف الآخر [9] . وقياسهم على المجلس الواحد غير مسلم لما قدمنا . وعلى طريقة من سَلَّم ذلك نقول : إن الإقرار قد يتكرر [10] في المجلس الواحد ليفهمه الشهود وقد

= يسرًا ، أي مع ذلك العسر المذكور يسرًا آخر ، لما تقرر من أنه إذا أعيد المعرف يكون الثاني عين الأول ، سواء كان المراد الجنس أو العهد ، بخلاف المنكر إذا أعيد فإنه يراد بالثاني فرد مغاير لما أريد بالفرد الأول في الغالب . ولذلك قال النبي ﷺ لن يغلب عسر يسرين . وقال الفراء والزجاج : ذكر العسر مع الألف واللام ثم ثنى ذكره فصار المعنى أن مع العسر يسرين . انظر التفسير الكبير للرازي (٦/٣٢) ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (١٠٧/٢٠) ، تفسير الكشاف (٢٧٦/٤) ، الموطأ لمالك بن أنس (٢٧٧/١) ، تفسير فتح القدير للشوكاني (٤٦٢/٥) ، روح المعاني للألوسي (٢٦٧/٤) ، أحكام القرآن لأبي بكر الرازي الجصاص (٣٧٣/٥) .

(١) في (ع) ، (م) : [اليسر] . (٢) في (ع) ، (م) : [دخل] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) انظر المبسوط (١٠/١٨) ، التفسير الكبير للرازي (٦/٣٢) .

(٥) انظر الهداية (٢٣٢/١) ؛ فقد جاء فيهما : وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت طالقًا تطليقة واحدة .

(٦) في (ع) ، (م) : [اليقين بحذف حرف الباء] .

(٧) انظر الحاوي الكبير (٥٩/٧) ، المهذب (٤٤٤/٢) ، مغني المحتاج (٢٥٤/٢) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٩) انظر مغني المحتاج (٢٥٤/٢) .

(١٠) في جميع النسخ قد ينكر . والصواب ما أثبتناه .

يفعل[١] ذلك ليتم به الوثيقة وهذا لا يوجد إذا تمت الوثيقة بالشاهدين في المجلس الأول. ولأن من أصلنا أن ما جمعه مجلس واحد فكأنه حصل في لفظ واحد، وما حصل في مجلسين فهو كالحاصل بسببين مختلفين، بدلالة إقرار المقر بالزنا أربع مرات في مجلس واحد أو في مجالس، وتكرار تلاوة السجدة[٢] في مجلس واحد لا يوجب إلا سجدة واحدة. وإن تكررت التلاوة في مجلسين تعلق بكل تلاوة سجدة[٣].

١٥٨٤٤ – قالوا: لو أقر بحضرة الشهود بألف ثم قدمه إلى الحاكم فادعى عليه ألفًا فأقر له، وشهد الشهود بالألف كان ألفًا واحدًا. وإن اختلف مجلس الإقرار كذلك في مسألتنا[٤].

قلنا: المقر إنما يوثق بالشهادة ليثبت بها اليمين فإذا أشهد عليه ثم أقر أو جحد لقامت عليه البينة فهو يقر حتى لا يثبت بالبينة تكذيبه، فكذلك كان مالًا واحدًا؛ وأما إذا استوفى الشهادة في المجلس ثم أقر في آخر، فإن كان الإقرار لا يلزمه حتى يكون خاف التكذيب – فالظاهر أنه إذا لم يعرف إقراره مقر بدين آخر.

* * *

(١) في (ع)، (م): [قد يفهم].
(٢) في (ع): [تلاوة المسجد] وفي (م): [تلاوة السجدة بحذف الآية].
(٣) الهداية (٧٩/١ – ٨٠).
(٤) الحاوي الكبير (٥٩/٧، ٦٠)، مغني المحتاج (٢٥٤/٢).

الإقرار بالهبة

١٥٨٤٥ - قال أبو حنيفة ﷺ : إذا أقر أنه وهب فأقبض ثم ادعى أنه لم يسلم فطلب بدين المقر له لم يستحلف [(١)] .

١٥٨٤٦ - وقال الشافعي : أحلفه ، لأن العادة أن الإنسان قد يعلم بذلك قبل فعله .

١٥٨٤٧ - وقال المروزي [(٢)] : إنما يستحلف إذا لم يقر بأنه سلم هو بل قال أن وكيله زعم أنه أقبضه ، ثم قال : بَانَ لي أنه خانني ، ولم يكن أقبض . فأما إذا قال أقبضته أنا ، لم يستحلف [(٣)] . قال الإسفراييني : إنه يستحلف في الموضعين .

---

(١) المبسوط (٦/١٨) وفيه أنه : « إن أقر الواهب بالهبة والقبض ثم أنكر التسليم بعد ذلك وأراد استحلاف الموهوب له لم يحلفه القاضي في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . ويحلفه في قول أبي يوسف استحسانًا . وأصل المسألة : البائع إذا أقر بقبض الثمن ثم جحد وأراد استحلاف المشتري لم يكن له ذلك عندهما ، لأنه مناقض في كلامه ، راجع عما أقر به من القبض . والمناقض لا قول له . والاستحلاف يبقى على دعوى صحيحة . واستحسن أبو يوسف ﷺ بما عرف من العادة الظاهرة أن البائع يقر بالثمن للإشهاد ، وإن لم يكن قبضه حقيقة فالاحتياط لحقه أن يستحلف الخصم إذا طلب هو ذلك . والإمام محمد في هذا القول مع أبي حنيفة » .

(٢) هو الشيخ أبو إسحاق إبراهيم بن أحمد بن إسحاق المروزي تفقه على ابن سريج وعبد الله المروزي والإصطخري ، صنف كتبا كثيرة وشرح مختصر المزني ، وانتهت إليه رياسة العلم ببغداد ، ثم انتقل في آخر عمره إلى مصر ، وتوفي بها سنة ٣٤٠هـ ودفن بالقرب من تربة الإمام الشافعي . انظر وفيات الأعيان (٧/١) ، طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (٥٠/٢ - ١٩٢) ، طبقات الفقهاء للشيرازي ص٩٢ ، شذرات الذهب (٨٩/٢) ، تذكرة الحفاظ (١٩/٢) .

(٣) الحاوي الكبير (٧٣/٧) ، مغني المحتاج (٢٥٦/٢) ، مختصر المزني مع الأم (٢٤/٣ ، ٢٥) ، حلية العلماء (٣٥٩/٨) . قال الماوردي قال الشافعي ﷺ : ولو قال وهبت لك هذه الدار وقبضتها ، ثم قال لم تكن قبضتها فأحلفته لقد قبضها فإن نكل رددت اليمين على صاحبه ورددتها إليه ، لأنه لا تتم الهبة إلا بالقبض عن رضا الواحد . فإذا أقر مالك الدار عند الحاكم بهبتها لرجل وأنه أقبضه إياها وصدقه المقر له على قبضها وهبتها ، ثم عاد الواهب فذكر أنه لم يقبضها وإنما تقدم من إقراره سهو أو كذب ، فإن صدقه الموهوب له فالدار الموهوبة على ملكه ، وهو مخير إن شاء أقبض وإن شاء منع ، فإن أكذبه وادعى القبض بما تقدم من إقراره فالقول قول الموهوب له . فإن سأل الواهب إحلاف الموهوب له بالله : لقد قبضها لم يخل حال الواهب عند إقراره من أن يكون قد أقر بإقباضها بنفسه أو وكيله ، فإن كانت الدار غائبة وأقر أن وكيله أقبض أجيب إلى إحلاف الموهوب له بالله لقد قبض . فإن حلف الموهوب له على القبض استقر له الملك ، وإن نكل ردت اليمين على الواهب ، فإن =

١٥٨٤٨ - قالوا : ولو قامت عليه البينة بالإقرار بالهبة والقبض وطُلِبَ بدين الموهوب لم يستحلف [١] .

١٥٨٤٩ - لنا : أن إقراره بالقبض قد ثبت فلا يُسْتَحلَفُ المقر له ، أصله إذا ثبت ببينة . ولأنه طلب اليمين على نفس [٢] ما أقر فلم يستحلف كما لو قال : استوفيت شيئًا وأتلفته ، ثم قال : حَلِّفْه أنه وَفَّاني .

١٥٨٥٠ - ولا يلزم إذا ادعى أنه باع تَلْجِئَة ، لأنه يستحلف على معنى غير ما أقر به .

١٥٨٥١ - ولأنه أقر بما تتم الهبة به ، فصار كما لو جحد أن يكون وهب ، فطلب اليمين على ذلك .

١٥٨٥٢ - احتجوا : بأن ما ادعاه محتمل فوجب أن يستحلف ليزول الاحتمال [٣] .

١٥٨٥٣ - [قلنا شهادة الشهود لا تبطل إذا شهدوا بإقراره . قالوا هناك يدعي كذب الشهود] [٤] .

١٥٨٥٤ - قلنا : الشهود لم يشهدوا [٥] على معاينة القبض وإنما شهدوا على إقراره فهو مكذب لنفسه بدعواه ، كما يكذبها إذا أقر ولم يشهد عليه الشهود .

* * *

= حلف أنه لم يكن قبضها كانت الدار على ملكه . وإن كانت الدار حاضرة فالظاهر أنه أقبضها بنفسه أو بوكيله فأقر بإقباضها بنفسه ففي إجابته إلى إحلاف الموهوب له على قبضها وجهان : أحدهما هو قول أبي العباس بن سريج أنه يجاب إلى إحلاف الموهوب له ، فإن نكل ردت اليمين على الواهب ، والدار له ؛ لاحتمال ما ادعاه . والوجه الثاني : هو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة : لا يجاب إلى إحلاف الموهوب له لأنه قد كذب هذه الدعوى بسابق إقراره ، فردت ، وليس لتخريج الاحتمال وجه إلا على الكذب في إحدي الحالين ، فكان حمل الإقرار على الصدق والدعوى على الكذب أولى الأمرين .

(١) وقال المالكية : من وهب شيئًا من ماله لزمه دفعه إلى الموهوب له إذا طالبه به ، فإن أبى ذلك حكم عليه به إذا أقر أو قامت عليه بينة . وإن أنكر الهبة حلف عليها وبرأ منها ، وإن نكل عن اليمين حلف الموهوب له وأخذها منه . وقال الحنابلة : إن أقر أنه وهب وأقبض أو أقر بقبض ثمن أو غيره ثم أنكر ، وقال ما قبضت ولا أقبضته ، وسأل إحلاف خصمه فهل يلزمه اليمين ، على الوجهين أو روايتين عند الحنابلة . أحدهما لا يستحلف ، والثانية : يستحلف ويلزمه اليمين . المغني مع الشرح الكبير (٣٤١/٥) ، المبدع (٣٤٤/١٠ ، ٣٤٥) بالتفريع لابن جلاب دراسة وتحقيق دكتور/ حسين بن سالم الدهمان ط دار الغرب الإسلامي (٣١٢/٢ ، ٣١٣) .

(٢) في (ع) ، (م) : [نفسه] .

(٣) انظر الشرح الكبير (٣٤١/٥) .

(٤) في (ص) : [زيادة : « قلنا الشهود يبطل إذا شهد بإقراره »] .

(٥) في (ع) : [لم تشهد] ، وفي (م) : [لم يشاهد] .

مسألة ٧٩٢

حكم ما إذا اقر بأن عليه ألفا من ثمن مبيع غير معين وادعاء المقر له غصبا

١٥٨٥٥ - قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا أقر بأن عليه ألفا من ثمن مبيع لم يعينه ، وادعى المقر له الألف غصبًا ، لم يقبل قول المقر وصل أو قطع .

١٥٨٥٦ - وكان قول أبي يوسف رحمه الله : الأول : أنه يقبل قوله إذا قال المقر له قد قبضها . وهو قول محمد رحمه الله [١] .

١٥٨٥٧ - وقال الشافعي رحمه الله : إن وصل قُبِل ، وإن قطع لم يقبل [٢] ، وإن قال : علي ألف من ثمن خمر أو خنزير ففيه قولان [٣] .

(١) انظر الجامع الصغير ص٤١٧ ، المبسوط (٢٢/١٨ ، ٢٣) ، مجمع الأنهر (٣٩٩/٢) ، الهداية (١٨٥/٣) نتائج الأفكار (٣٦٣/٨) ، تبيين الحقائق (١٨/٥) ، حاشية الشلبي على التبيين (١٨/٥) ، البناية على الهداية (٥٧٣/٧) مختصر اختلاف العلماء (٢١٨/٤) وعبارته الطحاوي قال محمد في الإملاء : إذا قال له على ألف درهم من ثمن مبيع لم أقبض منك ، وقال البائع قد قبضته ، فالقول قول البائع وصل أو قطع. وفي قول أبي يوسف ومحمد : إن وصل فالقول قول المشتري مع يمينه ، وإن قطع فقال : له على ألف درهم ثم قال بعد ما سكت : هي من ثمن عبد لم أقبض منك ، سئل البائع هل لك عليه من ثمن العبد ، فإن قال : نعم ، إلا أنني قد دفعته فالقول قول المشتري . وإن قال هي من دين أو من غصب فالقول قوله . وقال الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة وزفر : إذا قال لك على ألف درهم من ثمن متاع اشتريته منك ، ثم قال بعد ذلك : لم أقبض المتاع وقال المقر له : قبضت فالقول قول المقر له ، وقال أبو يوسف القول قول المقر » . وعند المالكية أنه إذا قال له على ألف من ثمن عبد ابتعته ولم أقبضه وقال المقر له : بل قبضته فإن ذلك يكون إقرارًا منه ويلزمه الألف وهو قول ابن القاسم وسحنون وهو المشهور ، وعند الحنابلة : إن قال : على ألف من ثمن مبيع لم أقبضه ، وقال المقر له بل هو دين في ذمتك فعلى وجهين ، أحدهما : القول قول المقر لأنه اعترف له بالألف وادعى عليه بيعًا ، والوجه الثاني : القول قول المقر . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣١٠/٥) ، الشرح الكبير مع المغني (٣١٧/٥) ، الإنصاف (١٨٩/١٢ ، ١٩٠) ، كشاف القناع (٤٦٧/٦) ، الخرشي (٩٢/٦) ، مواهب الجليل (٢٢٦/٥) ، الذخيرة (٣٢٠/٩) .

(٢) انظر الحاوي الكبير (٧٥/٧) ، المهذب (٣٥٢/٢) ، حلية العلماء (٣٥٨/٨) ، مغني المحتاج (٢٥٤/٢) .

(٣) انظر مختصر المزني مع الأم (٢٤/٣ ، ٢٥) ، حلية العلماء (٣٥٩/٨) ، التكملة الثانية للمجموع (٣٢٣/٢٠) ، المهذب (٤٨٤/٢) ، مغني المحتاج (٢٥٤/٢) . قال الشاشي : « إذا وصل إقراره بما يسقطه بأن قال لفلان على ألف من ثمن خمر أو خنزير . ففيه قولان ، الأول : أنه يقبل مع يمينه وهو قول المزني وأبي إسحاق المروزي ، أي يلزمه ما أقر به ولا يقبل ما وصله به ، لأنه يسقط ما أقر به فلم يقبل » ، وقال=

١٥٨٥٨ - لنا : أنه وصل بإقراره ما يُسقطه ، لأن ثمن المبيع المجهول لا يلزم ، فصار كما لو قال له : علي ألف من ثمن عبد اشتريته فرأيته ولا أثر له أو أنه حمل .

١٥٨٥٩ - ولأنه أقر بألف وادعى ما يوجب تأخيرها إلى غير غاية ، فصار كما لو قال له عليّ ألف من ثمن مبيع أعطيه متى شئت أولا أعطيه أبدًا .

١٥٨٦٠ - وإنما قلنا : أنه أقر بتأخيرها إلى غاية ، لأن البائع كلما أحضر مبيعًا قال المقر ليس هذا الذي ابتعته ، ولأن كل معنى لو ألحق بإقراره المطلق لم يسقطه . فإذا ألحق بإقراره الموصوف لم يسقطه . أصله إذا قال قد أبرأني منه .

١٥٨٦١ - احتجوا : بأنه أقر بحق في [مقابلة] [١] حق له لا ينفك أحدهما عن الآخر ، فإذا لم يسلم ما له لم يلزمه [ما] [٢] عليه كما لو كان المبيع معيبًا . وعكسه إذا قال لعبده : بعتك نفسك بألف ، فأنكر وحلف ، فإنه يعتق ويسقط الألف .

١٥٨٦٢ - لأنه أقر بحق في مقابلة حق لا ينفك أحدهما عن الآخر . وكذلك إذا أقر أنه طلق امرأته علي مال فجحدت [٣] .

١٥٨٦٣ - قلنا : أقر بمال وفي مقابلته ما لا يجوز أن يكون في مقابلة الأموال ، فثبت ما عليه . ولا يتعلق بما لا يجوز [تعليق الأموال به ، كما لو قال : علي ألف من ثمن عبد ابتعته من غير عبيده . وليس كذلك المبيع المعين لأن ثمنه يجوز] [٤] أن يلزمه ، فلهذا تعلق المال المقر به عليه . يتبين ذلك أنه يصح أن يقال : أقر بحق عليه في مقابلة

=صاحب مغني المحتاج وهو الأظهر ويلزمه الألف . والثاني : يقبل . وعند الحنفية أنه إذا قال لفلان عليّ ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه الألف ، ولم يقبل تفسيره عند الإمام أبي حنيفة وصل أم فصل ، لأن ثمن الخمر لا يكون واجبًا على المسلم . وقال الصاحبان أبو يوسف ومحمد : إذا وصل لا يلزمه شيئًا ، لأنه بين بآخر كلامه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره : إن شاء الله . وعند المالكية من قال : على ألف من ثمن خمر أو خنزير مما لا يصح بيعه فقال المدعي بل من ثمن عبد مثلاً لأنه لما أقر بالألف أقر بها في ذمته فتلزمه الألف ويحلف المقر له أنها ليست من ثمن خمر ، فيلزم الإقرار وقال ابن جزي : لم يلزمه شيء . انظر حاشية الدسوقي (٤٠٣/٣) ، الخرشي (٩٢/٦) ، قوانين الأحكام ص٣٣٢ ، تبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه (١٨/٥ ، ١٩) ، نتائج الأفكار (٣٦٨/٨) ، البناية على الهداية (٥٧٣/٧) .

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) انظر النكت للشيرازي ورقة ٣٠٧ (ب) ، فقد جاء فيها أنه أقر بحق في مقابل ، حتى لا ينفك أحدهما عن الآخر ، فإذا لم يَتسلَّم الذي له لم يجب الذي عليه ، كما لو عتق المبيع .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

حق له إذا كان مما يجوز أن يتعلق أحد الحقين بالآخر .

١٥٨٦٤ - فإن قيل : هو لم يقر بثمن مبيع مجهول ، بل هو أقر بثمن مبيع ، فيجوز أن يكون معلومًا .

١٥٨٦٥ - قلنا : إذا لم يكن معلومًا في الحال فإن كان [لا يؤول] .[1] لذلك فثمنه[2] غير لازم . وإن كان معلومًا في الأصل ثم صار مجهولاً لا يسقط الثمن . ودعوى ما يُسْقِطُ ما أقرّ به لا تُقْبَلُ .

• • •

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) في (ع) ، (م) : [قيمته] .

اختلاف الشاهدين في شهادتهما بزيادة او نقص

١٥٨٦٦ - قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا شهد أحد الشاهدين أنه أقر بألف وشهد الآخر أنه أقر بألفين أو بخمسمائة فإن شهادتهما لا تقبل حتى ينضم إلى كل واحد [منهما] [1] شاهد آخر [2] . ولو شهد أحدهما بجملة ، والآخر بها ، وبجملة معطوفة عليها - قبلت شهادتهما في الجملة الأولى [3] .

١٥٨٦٧ - قال الشافعي رحمه الله : إذا شهد له شاهد بألف ، وآخر بألفين ، ثبت له ألف بشاهدين ، وإذا أراد ألفًا أخرى [4] حلف وكانت له [5] .

١٥٨٦٨ - لنا : أنهما شهدا بجملتين لا تعتبر إحداهما دون الأخرى ، فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بمائة دينار ، ونعني بالجملتين إذا شهد أحدهما بألف والآخر بتسعمائة .

١٥٨٦٩ - ولأن أحدهما شهد بألف والآخر بألفين فلم تقبل شهادتهما ، كما لو شهد أحدهما أنه باعه بألفين وشهد الآخر أنه أقر بألف من ثمن عبد . ولا يلزم إذا شهد

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٢) الهداية (١٢٦/٣) ، فتح القدير (٤٣٦/٧) ، تحفة الفقهاء (٦٢٧/٣) ، واللباب في شرح الكتاب (٦٥/٣) ، تبيين الحقائق (٢٣٠/٤) ، مجمع الأنهر (٢٦٠/٢) . يقول المرغيناني : « يعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة ، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده ، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين .

(٣) انظر المراجع السابقة ، وقد جاء في الهداية (١٢٧/٣) : « فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفًا وخمسمائة ثبت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظًا ومعنى » .

(٤) في (ع) ، (م) : [آخر] .

(٥) الحاوي الكبير (٧٦/٧ ، ٧٧) ، حلية العلماء (٣٦٦/٨) ، روضة الطالبين (٣٩/٤) . وبه قال الصاحبان من الحنفية . انظر المراجع السابقة في مذهب الحنفية . وعند المالكية أنه لو شهد عليه رجل أنه أقر بألف ، وشهد آخر أنه أقر له بألفين ، نسباها إلى جهة واحدة أم لا ، أو نسبها أحدهما وأطلق الآخر ، فإن الألف ثبت له بشهادتهما ويحلف على الأخرى مع شاهده . انظر الذخيرة (٢٨٠/٩) ، التفريع (١٠٥/٢) . وعند الحنابلة أنه إن شهد شاهد أنه أقر بألف ، وشهد آخر أنه أقر له بألفين ثبت له الألف لاتفاقهما عليه ، كما لو لم يزد أحدهما على صاحبه . وللمدعي أن يحلف مع شاهده على الألف الأخرى ؛ لأن المال يثبت بشاهد . وقال المرداوي : وهذا المذهب وعليه جماهير الأصحاب . انظر المغني مع الشرح الكبير (١٣١/٥) ، الإنصاف (٢٨/١٢) .

أحدهما بألف [والآخر] [١] بألف وألف .

١٥٨٧٠ - لأن قولنا : شهد الآخر بألفين يعني هذا اللفظ . ولأن كل واحد منهما شهد بجملة ليس فيها لفظ الجملة التي شهد بها الآخر ، فوجب أن لا تثبت إحداهما . كما لو شهد أحدهما بمائة دينار والآخر بألف دينار . ونعني بالجملتين ألف وتسعمائة أو عشرة دراهم وألف .

١٥٨٧١ - ولأن أحدهما بين الجملة التي شهد بها صاحبه ، فوجب أن لا يثبت بشهادتهما إحدى الجملتين ، كما لو شهد أحدهما بألف من ثمن عبد ، والآخر بألفين من ثمن ثوب .

١٥٨٧٢ - احتجوا : بأنهما عددان لو أقر بهما في مجلس واحد دخل الأقل في الأكثر ، كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة . والمعنى فيه : أنهما اتفقا علي ألف وانفرد أحدهما بعدد آخر عطف عليه ، فيقبل ما اتفقا عليه [٢] .

١٥٨٧٣ - قلنا : وفي مسألتنا كل واحد شهد بعدد غير عدد الآخر . وإنما يتفقان في المعنى لا في اللفظ ، فصار كما لو شهد أحدهما بمائة والآخر بعشرة دنانير .

١٥٨٧٤ - فإن قيل : اجتمعت [٣] العرب أن الجمع ضربان : أحدهما ما سلم لفظ الواحد فيه ، والآخر جمع التكسير ، وهو ما لم يسلم فيه لفظ الواحد . فأما التثنية فلفظ الواحد لا ينكسر فيه ، فألفَانِ : هما ألف زيد عليها ألف وألف ثوب ، فهي كألف زيد عليها ثوب ، وألف وخمسمائة هي الألف الموجودة وقد زيد عليهما / خمسمائة .

١٥٨٧٥ - قلنا : هذا غلط ، لأن معنى قولهم إنَّ جَمْعَ السلامة ما سَلِمَ فيه لفظ الواحد ، وإنما يراد به الصورة . فأما أن يكون هو الاسم المفرد فلا يدل عليه ، لأن حروف الإعراب في زيد الدال ، وفي زيدون الواو ، وخرجت الدال أن تكون حرف إعراب [فلا يكون] [٤] أحد الأمرين هو الآخر ، وكذلك في ألف حرف الأعراب فيه الفاء وفي التثنية ألفان حرف الإعراب الألف فكيف يكون أحدهما الآخر ، وليس إذا اتفقت الحروف كان الاسم واحدًا كامرئ وامرأة ؟ ولا شبهة في اللغة أن التثنية والجمع بناؤهما غير بناء الواحد ، فسقط ما قالوه .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٢) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٧٧/٧) .

(٣) في (ع) ، (م) : [اجتمعت] .

(٤) في جميع النسخ فيكون بحذف لا النافية ، والسياق الصواب ما أثبتناه طبقًا لما يفيده .

حكم ما لو مات فخلف ولدين فاقر احدهما باخ ثالث وانكر الآخر شارك المقر في الميراث دون النسب

١٥٨٧٦ - قال أصحابنا : إذا مات الرجل وترك ابنين ، فأقر أحدهما بأخ وكذبه أخوه ، شارك المقِرُّ به المقرَّ في الميراث ، ولم يحكم بالنسب (١) .

١٥٨٧٧ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يثبت الإرث ولا النسب (٢) . فإن أقر أحدهما بزوجة لأبيه وكذبه أخوه ففيه وجهان (٣) .

١٥٨٧٨ - وإذا أقر ببيع شقص (٤) وكذبه المشتري ، قال المزني : قياس قوله أن

---

(١) انظر الهداية (١٩١/٣) ، نتائج الأفكار (٤٠٠/٨) ، تبيين الحقائق (٢٨/٥) ، بدائع الصنائع (٢٣٠/٧) ، اللباب في شرح الكتاب (٧٨/٢) وبه قال المالكية والحنابلة : جاء في بداية المجتهد « ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين وأقر أحدهما بأخ ثالث وأنكر الثاني ، فقال مالك يجب عليه أن يعطيه حقه في الميراث ولا يثبت بقوله نسبه » . وقال القرافي : « إذا أقر الوارث بوارث آخر يشاركه فإنه يثبت بذلك الإرث دون النسب » . وجاء في المغني قوله « لو مات فخلف ولدين فأقر أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يعطي الفضل الذي للمقر لمن أقر له به » . انظر بداية المجتهد (٣٥٦/٢) ، حاشية الدسوقي (٤١٧/٣) ، الذخيرة (٣٠٩/٩) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٢٥/٥) ، الإنصاف (١٥٠/١٢) .

(٢) الحاوي الكبير (٨٧/٧) ، المهذب (٤٥٠/٢) ، لأن النسب لا يتبعض . فإذا لم يثبت في حق أحدهما لم يثبت في حق الآخر . ولا يشاركهما في الميراث ، لأن الميراث فرع على النسب ، والنسب لم يثبت فلم يثبت الإرث .

(٣) الوجه أو الوجوه لأصحاب الشافعي يستخرجونها من كلام الشافعي على أصوله ويستنبطونها من قواعده ويوصف بالصحيح أو الأصح إذا كان من الوجهين ، فإن قوي الخلاف يقولون الأصح . انظر مغني المحتاج (١٢/١) ، روضة الطالبين (٦/١) ، نهاية المحتاج (٤٨/١) ، المجموع (٦٥/١) . وإذا أقر الورثة بزوجية امرأة المورث ثبت لها الميراث ، وإن أقر بعضهم وأنكر البعض ففي ذلك وجهان عند الشافعية : أحدهما أنها لا تشارك بحصتها من حق المقر كما لا يشارك الابن إذا اختلف الوارثان في نسبه . والثاني : أنها تشارك بحصتها من حق المقر ، لأن المقَرَّ به حقُّها من الإرث ، لأن الزوجية زالت بالموت . انظر المهذب (٤٥٠/٢) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٤/٢٠) ، التنبيه للشيرازي ص٢٧٨ ، الحاوي (٩١/٧ ، ٦٥) ، روضة الطالبين (٦٩/٤) ، نهاية المحتاج (١١٥/٥) ، وعند الحنفية تأخذ ثُمُنَ ما في يده . انظر تبيين الحقائق (٢٩/٥) .

(٤) الشِّقْصُ : الطائفة من الشيء والقطعة من الأرض ، تقول أعطاه شِقْصًا من ماله أي جزءًا منه ، وقيل هو القليل من كثير والجمع أَشْقاص وشِقَاص . قال الشافعي في باب الشفعة فإن اشترى شقصًا من ذلك أراد =

للشفيع الشفعة [١] .

١٥٨٧٩ - وقال ابن سريج [٢] : لا شفعة [له] [٣] ، ومتى علم المقر في الباطن أنه أخوه فيه وجهان :

١٥٨٨٠ - أحدهما : لا يلزم أن يشاركه . والصحيح أنه يلزمه [٤] . فإذا قالوا شاركه هل يأخذ النصف أو الثلث فيه وجهان [٥] .

= بالشقص نصيبًا معلومًا غير مفروز . لسان العرب (٢٢٩٩/٤) ، طلبة الطلبة ١٠٧ ، المغرب ٤٥٠ .

(١) الحاوي الكبير (٢٩٥/٧ ، ٢٩٦) . قال الماوردي : « صورتها في رجل ادعى بيع شِقْصه على رجل فأنكر المشتري الشراء وحضر الشفيع مصدقًا البائع ومطالبًا للشفعة ، فهذا على ضربين : أحدهما أن يكون البائع مدعيًا ببقاء الثمن على المشتري ، والضرب الثاني : أن يكون مقرًا بقبضه فإن كان مع ادعاء البيع مدعيًا ببقاء الثمن حكم عليه للشفيع بالشفعة ، لأنه مدع على المشتري ومقر للشفيع فحكم عليه بإقراره . وإن كان البائع مع ادعاء البيع مقرًا بقبض الثمن من المشتري ففي الشفعة وجهان : أحدهما : قول ابن سريج وطائفة : أنها باطلة ، لأن الشفعة لا تستحق إلا بيمين وليس واحد من البائع والمشتري مستحقًّا لقبض الثمن . أما البائع فلإقراره بقبضه ، وأما المشتري فلإنكاره لاستحقاقه . والوجه الثاني : هو قول كثير من أصحاب الشافعية ومنهم المزني كما نقله المصنف أن الشفعة واجبة ؛ لأن البائع مقر باستحقاقها من يده فيحكم بها للشفيع ، الظاهر من قول الشافعي أن الشفعة واجبة .

(٢) هو الشيخ القاضي أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج البغدادي ، تفقه على أبي القاسم الأنماطي وسمع الحسن بن محمد الزعفراني وأبا داود السجستاني وروي عنه أبو القاسم الطبراني وأبو الوليد حسان بن محمد وغيرهما . له مصنفات كثيرة يقال إنها بلغت أربعمائة في الرد على المخالفين من أصحاب أبي حنيفة والظاهرية منها كتاب الرد على محمد بن الحسن وكتاب الرد على عيسي بن أبان وكتاب التقريب بين المزني والشافعي وكتاب المختصر في الفقه وغيرهما وكل كتبه غير موجودة . ولي قضاء شيراز وهو عالم ذلك القرن ، وقد اعتبروه مجدد ذلك القرن . ولد سنة ٢٤٩هـ وتوفي في جمادى الأولى عام ٣٠٦هـ ببغداد . انظر وفيات الأعيان (٥١/١) ، طبقات الفقهاء للشيرازي ص٨٩ ، البداية والنهاية (١٢٩/١١) ، شذرات الذهب (٣٥٥/٢) ، العبر (٤٥٠/١) ، الفهرست لابن النديم ص٢٩٩ ، ٣٠٠ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٤) فإنه بينه وبين الله إذا علم صدق المدعي أن يدفع إليه من سهمه الذي ورثه وجهان ، الأول : لا يلزمه الحكم بإبطال النسب الذي هو سبب استحقاقه ، الوجه الثاني : يلزمه لأن بطلان النسب في ظاهر الحكم دون باطنه . وهو الصحيح . ونحن نلزمه في باطن الحكم دون ظاهره . انظر الحاوي الكبير (٩١/٧) .

(٥) فإذا قلنا إنه يشاركه في الميراث فكم يأخذ من الميراث ، فإن الشافعية اختلفوا في قدره الذي يأخذ على ثلاثة أوجه : الأول : أنه يلزمه دفع الفاضل من سهمه إذا اشتركوا ، وهو السدس الزائد على الثلث . الثاني : أنه يدفع إليه نصف ما في يده ، لأنه مقر أنه وإياه في مال أبيه سواء . الثالث : يعطيه الثالث ما بقي في يده ، ويضمن له سدسًا في يد أخيه ، إلا أن يكون قاسمه بحكم الحاكم فلا يضمن مما في يد أخيه شيئًا . وذهب الحنفية إلى أنه =

١٥٨٨١ - لنا : أنه إقرار من وارث ممن يرث معه فوجب أن يشاركه إذا لم يحكم ببطلانه كما لو كان الوارث واحدًا .

١٥٨٨٢ - ولا يلزم إذا أقر بمعروف النسب ، لأنا حكمنا ببطلان اعترافه وإن أسقطت من الحكم الآخر وسوت بين الأصل والفرع جاز .

١٥٨٨٣ - ولأنه أقر بنسب لم يحكم ببطلانه فوجب المشاركة في مال الميت فوجب أن يوجب استحقاق بعض الميت فجاز أن يشاركه .

١٥٨٨٤ - وإذا [لم] [1] يثبت في حق الباقين كما لو أقر بدين ولا يلزم إذا كذبه المقر به ؛ لأن الحق يثبت بالإقرار فأبطله المقر به ؛ بعد ثبوته .

١٥٨٨٥ - قالوا : المعنى في الدين والوصية أنه أقر بحق مطلق ليس في مقابلته حق له ، وفي مسألتنا أقر بحق عليه في مقابلته حق له فإذا لم يثبت ماله لم يثبت ما عليه ، ألا ترى أنه لو أقر بعقد مطلق لزمه الإقرار ولو أقر أنه باعه عبدًا بألف لم يلزمه الإقرار حتى يصدقه ويسلم له الثمن [2] .

= يأخذ النصف . قال الكاساني : لو ترك ابنين فأقر أحدهما بأخ ثالث فإن صدقه الأخ المعروف في ذلك شاركه في الميراث كما إذا أقرا جميعًا ، وإن كذبه فيه فإنه يقسم المال بين الأخوين المعروفين أولاً نصفين فيدفع النصف إلى أخ المنكر . وأما النصف الآخر فيقسم بين الأخ المقر وبين المقر له نصفين عند عامة العلماء . وعند ابن أبي ليلى يقسم أثلاثًا ثلثاه للمقر وأخيه وثلثه للمقر له ، لأن المال بين الأخوة الثلاثة أثلاثة وإن ثلث المقر له : نصفه في يده ونصفه في يد أخيه المنكر على الشيوع ، إلا أن إقراره على أخيه لا ينفذ فيما في يد أخيه فينفذ فيما في يده فيعطيه ثلث . استدل الحنفية أن المقر له يأخذ النصف وهو في زعم المقر يساويه في الاستحقاق ، والمنكر ظالم ، فيجعل ما في يده كالهالك ، فيكون الباقي بينهما بالسوية ، وذهب المالكية والحنابلة إلى أنه يلزمه الثلث فلا يستحق مما في يده إلا الثلث ؛ لأن الشركة بينهم أثلاث . واستدل المالكية والشافعية في وجه والحنابلة وابن أبي ليلى على أنه يأخذ الثلث : بأن التركة بينهم أثلاثًا فلا يستحق مما في يده إلا ثلثا ، كما ثبت نسبه ببينة ، ولأنه إقرار بحق يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه كالإقرار بالوصية ، وكإقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين ، ولأنه حق ، ولأنه لو ثبت ببينة لم يلزمه إلا قدر حصته فإذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية . بدائع الصنائع (٢٣٠/٧) ، تبيين الحقائق (٢٨/٥) ، نتائج الأفكار (٤٠٠/٨) بداية المجتهد (٣٥٦/٢) ، الحاوي الكبير (٩١/٧ ، ٩٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٢٦/٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) الحاوي الكبير (٨٧/٧) . وقد قال الإمام الماوردي : والأصول تشهد لصحة هذا القول . وضرب المثال على ذلك فقال : ألا ترى لو قال لعبده بعتك نفسك بألف وأنكر العبد لم يقبل قوله على العبد بادعاء الألف عليه ، ولزمه إقراره على نفسه في وقوع العتق .

١٥٨٨٦ - قلنا : هذا يبطل بمن قال : بعتك نفسك بألف ، فجحد المقر له عتق العبد ولم يثبت البيع ولم يسلم له الثمن . بل عندنا [أنه] (١) أقر بحق عليه في مقابلته حق له وهو الميراث من المقر له ، وقد ثبت الحقان باعترافهما ، لأن كل واحد منهما يرث الآخر إذا مات ، وليس له وارث معروف ، وإنما لا يثبت إقرارهما في حق غيرهما والمعتبر لحقهما .

١٥٨٨٧ - ألا ترى أنه إذا قال بعتك هذا العبد بألف فصدقه ثبت حق كل واحد منهما من جهة الآخر ، وإن كان الحق لم يثبت في حق غيرهما ، بدلالة أن لكل واحد من الناس أن يقيم البينة علي استحقاق المبيع بجهة من جهات الاستحقاق ، لأن كل نسب لو أقر به وارثه (٢) يجوز الميراث فوجبت مشاركته . فإذا أقر به ولزمه لم يجز الميراث وما وجبت مشاركته . أصله الوصية ، وعكسه إذا أقر بنسب معروف بنسب وإن سلموا للزوجة علي الصحيح .

١٥٨٨٨ - قلنا : أحدهما يُسْتَحَقُّ به الإرث فإذا أقر به بعض الورثة جاز أن يشاركه به ، أصله الزوجة .

١٥٨٨٩ - فإن قيل : المعنى فيه أنه لم يقر بحق في مقابلته حق له ؛ لأنه إذا ماتت لا يرثها ، وفي مسألتنا بخلافه .

١٥٨٩٠ - قلنا : ليس إذا أقر أنه وارث أبيه ففي (٣) مقابلته أنه يرث منه ، لأن الآخرين يشتركان في ميراث أبيهما ، ولا يرث كل واحد منهما الآخر إذا كان لهما أولاد ، وإنما في مقابلته ميراث من أبيه [و] (٤) ميراث أبيه منه لو [كان] (٥) مات قبله . ثم قد بينا أنه يثبت لكل واحد منهما الميراث من الآخر في حقهما ، وإنما لا يثبت في حق غيرهما .

١٥٨٩١ - ولأنه حق يتعلق بسببه لم يحكم ببطلانه فوجب أن يلزم إذا أقر به ، كما لو أقر بأنه باع شقصًا له فجحد المشتري وجبت الشفعة . فإن لم يسلموا ذلك فأصله إذا قال تكلفت لك بألف عن فلان وأنكر فلان أن يكون عليه دين ؛ أو أصله : إذا قال بعتك إياك عتق بلا خلاف (٦) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٢) في (ع) ، (م) : [وارث] .   (٣) في (ع) ، (م) : [في] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٦) انظر الحاوي الكبير (٨٧/٧) .

١٥٨٩٢ - فإن قيل : المعنى في الشفعة أن البائع أقر بحق عليه في مقابلة حق له . وقد سلم له الثمن من جملة الشفيع ، فإذا أسلم له عوضه لم يعتبره أعيان الناس . وفى مسألتنا أقر بحق عليه في مقابلته حق له ولم يسلم ماله فلم يُسْتَحقّ ما عليه .

١٥٨٩٣ - قلنا : العوض وإن سلم له إلا أنه أقر بسبب يثبت بحكم الشفعة لم يثبت ذلك السبب ولم يحكم ببطلانه وثبتت الشفعة التي هي من أحكامه كذلك في مسألتنا لم يثبت ذلك السبب وإن لم يحكم ببطلانه فجاز أن يثبت الحكم المتعلق به .

١٥٨٩٤ - قالوا : المعنى في الشفعة أنا لو حكمنا ببطلان السبب بأن جحد المشترى وحلف [لم] (١) يسقط كذلك إذا لم يبطل السبب .

١٥٨٩٥ - وفي مسألتنا لو حكم ببطلان السبب سقط الإرث كذلك إذا لم يثبت .

١٥٨٩٦ - قلنا : إذا جحد المشتري وحلف فلم يحكم ببطلان السبب [وإنا قطعنا الخصومة ، بدلالة أن البائع لو أقام البينة قبلت . ولو كنا حكمنا ببطلان السبب لم تسمع البينة ، وإنما يحكم ببطلان السبب] (٢) إذا استحق المبيع وحكم [به للمستحق ، وذلك يمنع من ثبوت الشفعة .

١٥٨٩٧ - فإن قيل : المعنى فيه إذا قال له : بعتك إياك أن العتق ليس هو في مقابلة العوض فلم يقف وقوعه علي سلامة العوض] (٣) [وحكم ببطلانه] (٤) .

١٥٨٩٨ - قلنا : وفي مسألتنا استحقاق المال ليس في مقابلته ولا في وقوعه علي سلامة العوض فلا يحتاج إلى السبب (٥) لأنه يجوز (٦) أن ينفرد عنه فجاز أن يثبت وإن لم يحكم بالنسب [في حق غير المقر . ولأن العتق وإن لم يكن في مقابلة عوض فقد أقر به وعلقه بسببه ، فلم يثبت النسب] (٧) وثبت ما تعلق به من العتق .

١٥٨٩٩ - احتجوا : بأنه أقر بحق في مقابلته حق له حتى لا ينفك أحدهما عن الآخر ، فإذا لم يسلم له ماله لم يلزمه ما عليه . أصله إذا قال : بعتك عبدي هذا بألف

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) وفي (ع) : [ثم] .
(٢ ، ٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .
(٥) في جميع النسخ [ليس في مقابلته ولا وقوعه على سلامة إلى السبب] والصواب ما أثبتناه .
(٦) في (ع) ، (م) : [لا يجوز] .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

فأنكر المشتري فإن البائع لا يلزمه ما أقر به [١] .

١٥٩٠٠ - قلنا : هذا الوصف غير صحيح ؛ لأنه أقر بالأخوة [وهي ثابتة في حقه دون حق غيره ، ففي مقابلتها ثبوت الحق المقر به ، لا في حق غيره وقد ثبت ذلك . ولهذا يرثه إذا لم يكن له وارث غيره ولم تثبت الأخوة] [٢] في حق غيرهما ، فكذلك قدم عليه الوارث المعروف .

١٥٩٠١ - ولأنه أقر بما يوجب مشاركته فيما في يده من الإرث ففي مقابلة هذا أن يشاركه هو فيما يحصل في يده من الإرث .

١٥٩٠٢ - وكذلك نقول إن وصل إلى يد المقر به شيء من تركة الميت يشاركه فيه المقر . فأما ميراث المقر به من المقر فلا يثبت إلا إذا لم يكن له وارث [معروف] [٣] . وكذلك ثبت له بماله مثله مثل ذلك .

١٥٩٠٣ - ثم هذا يبطل بمن قال لعبده أعتقتك علي ألف ، ولامرأته طلقتك علي ألف وكذباه فثبت الطلاق والعتق ، وإن لم يثبت المال . واحترازهم عنه بأنه لا ينفك أحدهما عن الآخر ليس باحتراز .

١٥٩٠٤ - لأن ملك المبيع ينفك عن الثمن [٤] إذا ملكه لا علي وجه البيع وإنما لا ينفك إذا ملكه بالبيع [كما أن الطلاق بغير عوض في المعنى في البيع] [٥] أن البائع لم يقر بسقوط حقه عن المبيع ؛ لأن حق الحبس ثابت حتى يستوفي الثمن ، فلما لم يعترف بسقوط حقه عن المبيع لم يجز أن يستحقه المقر له لا لما قالوه ، لأن الوارث قد أقر بسقوط حقه [عن مقدار نصيب المقر له] [٦] فكذلك لزمه المال وإن لم يثبت النسب .

١٥٩٠٥ - قالوا : إقرار بنسب [٧] ، وإذا لم يثبت النسب لم يثبت الإقرار ، كما لو أقر بمعروف النسب ، وكما لو أقر بمن لا يلد أبوه مثله .

---

(١) الحاوي الكبير (٩٠/٧) ، وعبارة الماوردي [أنه مال يقتضي ثبوته ثبوت سببه فلم يجز إثباته إلا بإثبات سببه . أصله أنه إذا أقر أنه اشترى عبد زيد بألف وأنكر لم يقض عليه بالألف] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) وثابت في هامش نسخة (ص) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) وثابت في هامش (ص) .

(٤) في (ع) ، (م) : [اليمين] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) في (ع) ، (م) : [عن المبيع لم يجز مقدار نصيب المقر له] الظاهر أن عبارة [عن المبيع لم يجز] زيادة من النساخ .

(٧) يشترط لصحة الإقرار بالنسب أن لا يكذبه الحس بأن يمكن صدقه ، وذلك أن يكون الولد المقر بنسبه =

١٥٩٠٦ - قلنا : النسب ثابت عندنا في حق المقر ، غير ثابت في حق غيره . وليس يُمنع أن يثبت النسب في حق الواحد ، فتثبت أحكامه ، وإن لم يثبت ذلك في حق غيره [1] ، كما يثبت التبايع في حق البائع والشفيع ولا يثبت في حق المشتري ، وكما ثبتت الكفالة في حق الكفيل والمكفول له إذا تصادق ولم يثبت المال في ذمة الأصيل . والمعنى في معروف النسب [2] أنا حكمنا بثبوت النسب من غيره ، والحكم بذلك تكذيب له في إقراره ، فصار التكذيب بالحكم كتكذيب المقر ، فلا يستحق شيئًا .

١٥٩٠٧ - وفي مسألتنا يحكم بكذبه فيما أقر به فجاز أن يثبت في حقه ، وإن كان المقَرّ له أكبرَ من أبيه فقد علمنا كذبه فيما أقر به من طريق المشاهدة [3] . ولو كذبه الحاكم لم يثبت إقراره فإذا كذبته المشاهدة فهو أولى . [4] فإن لزم [5] على هذا إذا قال لعبده ولمثله لا يولد مثله هذا ابني إنا قد كذبناه مشاهدة وإن حكمنا بالعتق .

١٥٩٠٨ - قلنا : تكذيب المشاهدة كتكذيب المقَرّ له وذلك لا يمنع من وقوع العتق

١٥٩٠٩ - فإن قيل إذا أقر بمجهول النسب لم يحكم [6] بالنسب ، لأنا [7] حكمنا بكذبه ، والوقوف كالحكم بالتكذيب بدلالة أن البينة إذا لم يعدلها القاضي فهو كما لو

= يولد مثله لمثله ، وأن يكون المقر به مجهول النسب فإن كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره والنسب لا يقبل بعد ثبوته ، وأن يصدق الولد المقر في إقراره إن كان يستطيع أن يعبر عن نفسه بأن كان بالغًا أو صغيرًا مميزًا . انظر الفتاوى الهندية (٤/ ٢١٠ - ٢١٣) ، شرح فتح القدير (٣٧٢/٧) ، تبيين الحقائق (٢٧/٥) ، حاشية الدسوقي (٤١٢/٣ - ٤١٩) ، نهاية المحتاج (١٧٠/٥) ، الروضة (٤١٤/٤ - ٤٢٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٢٧/٥ ، ٣٢٨) ، كشاف القناع (٤٦٠/٦) .

(١) هكذا في (ع) ، (م) وفي (ص) : [حق الغير ولا فرق بينهما] .

(٢) في (ص) ، (ع) : [المعروف النسب] والصواب ما أثبتناه كما في (م) .

(٣) لأنه يشترط لثبوت النسب أن يمكن صدقه كي لا يكون مكذبًا في الظاهر بأن يكون في سن يولد مثله لمثله بأن لا يكون أكبر منه سنًا أو مساويًا وأن يكون المقر به مجهول النسب فإن كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه الثابت من غيره وأن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان ذا قول وهو المكلف وغيرها من الشروط التي ذكرتها آنفًا . انظر نتائج الأفكار (٣٩٣/٨) ، تبيين الحقائق (٢٧/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٢٧/٥ ، ٣٢٨) .

(٤) في (ع) ، (م) : [ولو] .

(٥) في (ع) ، (م) : [فلم يحكم] .

(٦) في جميع النسخ فظننوا أولن لا معنى له لعل الصواب ما أثبتناه .

(٧) في (ص) : [ألزم] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

ثبت كذب الشهود .

١٥٩١٠ - قلنا : غلط ؛ لأنهم إذا لم يعدِّلوا جاز أن يحكم بها في الثاني بأن ينضم إليها التعديل ، فإذا خرجوا لم يجز الحكم بها أبدًا ، فلم يتساو الأمران .

* * *

مسألة ٧٩٥

ثبوت النسب بإقرار الورثة ولو كان واحدًا

١٥٩١١ - قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله : لا يثبت النسب في حق الميت بإقرار وارث [١] . ويثبت إذا كان الورثة / رجلين أو رجلًا وامرأتين [٢] . ١٨٢/أ

١٥٩١٢ - وكان أبو الحسن يقول : يثبت النسب بقول الوارث إن كان واحدًا ، وهو قول أبي يوسف [٣] .

١٥٩١٣ - وقال الشافعي رحمه الله : من يجوز ميراثه يثبت النسب بقوله وإن كان واحدًا [٤] .

١٥٩١٤ - لنا : أنه إقرار وارث واحد فلا يثبت به نسب علي الميت ، كما لو كان الورثة جماعة فأقر أحدهم ، ولأنه إثبات نسب علي الغير [٥] بقول واحد فلم يجز . أصله الخال إذا أقر بوارث ولا يلزم الشهادة بالولاية [٦] ، لأن النسب لا يثبت بذلك وإنما يثبت بالولادة ، ولأن النسب معنى يثبت به العتق فلا يثبت علي الغير بقول الواحد ،

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٢٢٩/٧ ، ٢٣٠) ، اللباب شرح الكتاب (٧٨/٢) ، رد المحتار على الدر المختار (٤٦٧/٤) .

(٢) جاء في بدائع الصنائع (٢٢٩/٧ ، ٢٣٠) . أنه إن كان أكثر من واحد بأن كانا رجلين أو رجلًا وامرأتين فصاعدًا يثبت النسب بإقرارهم بالإجماع ، وإن أقر رجلان وامرأتان وأنكر الوارث الآخر لا يثبت النسب اتفاقًا .

(٣) في (ع) ، (م) : [وهو قول أبو حنيفة] والصواب ما أثبتناه . انظر كتاب البدائع (٢٢٩/٧) ، وبقول الطرفين من الحنفية قال المالكية . انظر الذخيرة للقرافي (٣١١/٩) ، بداية المجتهد (٣٩٦/٢) ، وقد نقل القرافي عن الطرطوشي قوله : « فإذا ترك ابنًا واحدًا لا وارث له غيره فأقر بأخ لم يثبت نسبه ، ولا يثبت إلا بقول وارثين عدلين . فإن كان جميع الورثة غير عدول لم يثبت بإقرارهم . ووافقنا الحنفية فإنه لا يثبت بالوارث الواحد وإن حاز جميع المال » .

(٤) انظر الحاوي الكبير (٩٢/٧) ، حلية العلماء (٣٧٢/٨) ، روضة الطالبين (٤٢١/٤) ، وعبارة الماوردي « إن إقرار الوارثين بمدعي البنوة يوجب ثبوت نسبه ، هكذا لو كانوا جماعة وأقروا أو كان واحدًا وأقر ، لأن المراعى إقرار من يجوز الميراث » . وبه قال الحنابلة ، قال ابن قدامة : [وإن أقر جميع الورثة بنسب من يشاركها في الميراث ثبت نسبه ، سواء كان االورثة واحدًا أو جماعة ، ذكرًا أو أنثى لأن الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه] ا. هـ . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٢٦/٥) ، المبدع (٣١١/١٠) ، الإنصاف (١٥٠/١٢) .

(٥) في (ع) ، (م) : [علي العتق] .

(٦) قال الكاساني : « الإقرار بالأخوة إقرار على غيره لما فيه من حمل نسب غيره على غيره » . انظر بدائع الصنائع (٢٣٠/٧) .

أصله الاستيلادُ والكتابة .

١٥٩١٥ - ولأن الشهادة أقوى في حق الغير من الإقرار ، بدلالة أن البنين لو كانوا ثلاثة فيشهد اثنان منهم بنسب ثبت النسب ، ولو أقرا لم يثبت ، ومعلوم أن شهادة الواحد من الأولاد في الحال التي تعتبر الشهادة وهي حال الحياة لا يقبل ، كذلك[1] إقرار الواحد في الحال التي يعتبر فيها الإقرار إقرارًا لا يقبل .

١٥٩١٦ - احتجوا : بما روى الزهري [2] عن عروة [3] عن عائشة رضي الله عنها قالت : اختصم سعد بن أبي وقاص [4] وعبد بن زمعة [5] إلى رسول الله ﷺ في ابن أمة

---

(١) في (ع) ، (م) : [لذلك] .

(٢) هو الإمام محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري المدني التابعي المشهور ، أول من دون السنة الشريفة ، من أكابر الحفاظ والفقهاء ولد عام ٥٠ أو ٥١ هـ وتوفي سنة ١٢٢ أو ١٢٤هـ ، حدّث عن ابن عمر وسهل بن سعيد الأنصاري وأنس بن مالك وسعيد بن المسيب وله نحو ألفي حديث ورأى عشرة من الصحابة . طبقات ابن سعد (٣٨٣/٢ ، ٣٨٩) ، تذكرة الحفاظ (١١٣/١) ، البداية والنهاية (٣٤٠/٩) ، سير أعلام النبلاء (٣٢٦/٥) ، شذرات الذهب (١٦٣/١) ، العبر (١٢١/١) .

(٣) هو عروة بن الزبير بن العوام القرشي أخ عبد الله بن الزبير ، أمهما أسماء بنت أبي بكر الصديق . وهو من فقهاء المدينة السبعة ولد عام ٢٩هـ وحفظ عن والده وتوفي سنة ٩٤هـ على الراجح . قال الزهري رأيت عروة بحرًا لا ينفذ . انظر التاريخ الكبير للبخاري (٣١/٤) ، طبقات ابن سعد (١٣٢/٥) ، الكامل في التاريخ (٤٦/٢ - ٥٦) ، سير أعلام النبلاء (٤٢١/٤) ، تذكرة الحفاظ (٦٢/١) ، العبر (٨٢/١) ، تهذيب الكمال (١١/٢٠ - ٢٥) .

(٤) هو الصحابي الجليل أبو إسحاق سعد بن أبي وقاص بن مالك بن وهب بن عبد مناف القرشي الزهري المكي المدني ، من السابقين إلى الإسلام ومن المهاجرين الأوائل ، شهد بدرًا وأحدًا وسائر المشاهد وحامي رسول الله ﷺ ، يقال له فارس الإسلام وهو فاتح العراق وغيرها وأول من رمى سهمًا في سبيل الله ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة . وأحد أصحاب الشورى الستة توفي قرب المدينة بالعقيق ودفن بالبقيع سنة ٥٥هـ ، وله في كتب الحديث ٢٧٠ حديثًا ، روى عن الرسول ﷺ وعن الصحابة وولي الكوفة لعمر واعتزل الفتنة . انظر البداية والنهاية (٧٢/٨) ، الإصابة (٣٣/٢ ، ٣٤) ، الاستيعاب (١٨/٢) ، طبقات ابن سعد (٣٣/٢) ، شذرات الذهب (٦١/١) ، مرآة الجنان (١٢٨/١) ، تهذيب الأسماء واللغات (٢١٣/١) ، الأعلام (١٣٧/٣) .

(٥) هو عبد بن زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبدود بن نصر العامري القرشي أخو سودة بنت زمعة لأبيها أم المؤمنين ، ثبت خبره في كتب الصحاح في مخاصمة سعد بن أبي وقاص في ابن وليدة زمعة ، وكان زمعة مات قبل فتح مكة ، وأسلم ابنه عبد هذا يوم الفتح ونازعه سعد بن أبي وقاص في ابن وليدة زمعة فقضى به النبي ﷺ لعبد بن زمعة وقال احتجبي منه يا سودة ، قال ابن عبد البر الأندلسي : كان من سادات الصحابة . انظر الإصابة في تمييز الصحابة (٤٣٣/٢) ، أسد الغابة (٤١١/٣ ، ٤١٢) .

زمعة [١] فقال سعد : أوصاني أخي عتبة [٢] إذا قدمت مكة [٣] أن أنظر إلى ابن أمة أبي زمعة ، وأقبضه ، فإنه ابنه . وقال عبد بن زمعة : أخي ابن أمة أبي زمعة [٤] ، ولد على فراش أبي فرأى رسول الله ﷺ شبهًا بينًا بعتبة فقال : هو لك يا عبد بن زمعة « الولد للفراش وللعاهر الحَجَرُ » [٥]

١٥٩١٧ - والجواب : أن زمعة خلَّف ولدين : عبد وسودة [٦] واعتراف أحد الوارثين لا يثبت النسب به في حق الميت باتفاق .

---

(١) اسمه عبد الرحمن المتنازع عليه .

(٢) في جميع النسخ أبي عتبة ، الصواب أخي عتبة طبقًا لما هو موجود في كتب الحديث . هو عتبة بن أبي وقاص بن مالك وهو الذي شج وجه رسول الله ﷺ وكسر رباعيته يوم أحد ، وما عُلِمَ إسلامهُ ولم يذكره أحد من المتقدمين من جملة الصحابة ، قيل إنه مات كافرًا ، قال الزبير بن بكار عتبة بن أبي وقاص كان أصاب دمًا في قريش فانتقل إلى المدينة قبل الهجرة فاتخذ بها منزلًا ومالًا ومات في الإسلام وأوصى إلى سعد بن أبي وقاص بتلك الوصية . انظر أسد الغابة (٤٦٨/٣) ، تهذيب الأسماء واللغات (٣٢٠/١) .

(٣) قال أبو بكر الأنباري : سميت مكة لأنها تمك الجبارين أي تذهب نخوتهم ، ويقال سميت مكة : لازدحام الناس بها وسماها الله تعالى أم القرى والبلد الطيب ، وبكة ، قيل : إن اسم مكة اسم مدينة وبكة اسم البيت . يرجع تاريخ عمارتها إلى عهد إبراهيم الخليل وابنه إسماعيل عليهما السلام سنة ١٨٩٢ قبل الميلاد . انظر معجم البلدان لياقوت الحموى (١٨١/٥ - ١٨٨) .

(٤) في (م) : [ربيعة] .

(٥) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه كتاب المغازي (١٩٢/٥) . ومسلم في صحيحه كتاب الرضاع باب الولد للفراش وتوقي الشبهات (١٠٨١/٢) رقم ١٤٥٧ ، الترمذي في سننه كتاب الرضاع باب ما جاء أن الولد للفراش رقم ١١٥٧ وقال حديث حسن صحيح ، وأبو داود في سننه (٢٨٢/٢) كتاب الطلاق باب الولد للفراش وللعاهر الحجر رقم ٢٢٧٣ ، وابن ماجه في سننه كتاب النكاح باب الولد للفراش وللعاهر الحجر (٦٤٦/١ ، ٦٤٧) رقم ٢٠٠٦ ، ٢٠٠٧ ، الدارمى في سننه (٢٠٢/٢) باب الولد للفراش رقم ٢٢٣٧ ، البيهقي في السنن الكبرى (٨٦/٦) كتاب إقرار الوارث بوارث .

(٦) هي أم المؤمنين سودة بنت زمعة بن قيس ، كانت قبل رسول الله ﷺ تحت ابن عمها السكران بن عمرو أخي سهل بن عمرو ، وكان سكران بن عمرو ﷺ مسلمًا وهو من المهاجرين إلى الحبشة ، ثم قدم مكة فمات بها السكران مسلمًا ، وقال ابن سعد أسلمت سودة بمكة قديمًا وبايعت وأسلم زوجها سكران وخرجا مهاجرين إلى أرض الحبشة في الهجرة الثانية ، تزوج رسول الله ﷺ سودة في رمضان سنة ١٠ من البعثة بعد وفاة خديجة وقبل زواج عائشة ودخل بها بمكة وهاجر بها إلى المدينة ، فهي أول امرأة تزوجها بعد خديجة ﵂ روي عنها خمس أحاديث عبد الله بن عباس ، وماتت في آخر خلافة عمر ﷺ . وقيل توفيت في شوال سنة ٥٤هـ في خلافة معاوية بن أبي سفيان في المدينة . انظر سير أعلام النبلاء (٢٦٥/٢ ، ٢٦٩) ، تهذيب التهذيب (٣٤٨/٢) .

١٥٩١٨ - فإن قيل : زمعة مات كافرًا وكان عبدا علي دينه ، وكانت سودة مسلمة ، فلم ترثه . الدليل عليه ما روي أن عبدًا قال : أسلمت أختي فحملتها وَوَدُتُ أن أكون أسلمت يوم أسلمت [١] .

١٥٩١٩ - قلنا : الذي ذكرتموه يحتاج إلى شرائط منها : موت زمعة علي الكفر ، وكفر عبد حين موته ، وتقدم إسلام سودة علي موت أبيها ، وهذه شرائط لا تثبت إلا بالنقل ولم ينقل واحد منها [٢] .

١٥٩٢٠ - فإن قيل : يجوز أن يكون النبي ﷺ سمع إقرار سودة قبل ذلك [٣] .

١٥٩٢١ - قلنا : الظاهر تعلق الحكم بالسبب المنقول دون غيره . ولم ينقل إلا إقرار عبد [٤] خاصة ، فعلم أنه أثبت النسب في حقه بإقراره ، ولم يثبت في حق أبيه . وكذلك نقول . تبين من هذا أنه عليه الصلاة والسلام قال لسودة : احتجبي عنه يا سودة ، فإنه ليس بأخ لك [٥] ، ولو ثبت النسب في حق الميت [لثبتت الأخوة في حقنا ، فعلم أنه أثبت النسب في حق الميت] [٦] .

١٥٩٢٢ - قلنا : هذا تعليل لقطع النسب عن عتبة لانتسابه من زمعة ، ولأنه إذا ثبت النسب في حقه بإقرار فقد أثبته ، لأنه أقر بالفراش فثبت النسب في حقه باعترافه علي أبيه بالفراش ، وإن لم يثبت في حق أبيه بدلالة أمره لسودة بالاحتجاب [٧] .

---

(١) قال الماوردي وهو بصدد الجواب على اعتراضات الحنفية والمالكية : إن عبدًا هو وارث أبيه وحده ، لأن سودة كانت قد أسلمت قبل موت أبيها ، وكان عبد على كفره ، فكان هو الوارث لأبيه الكافر دون أخته المسلمة . انظر الحاوي الكبير (٩٣/٧) .

(٢) قوله [ولم ينقل واحد منها] غير صحيح ، بل نقل جميعها ، لأن زمعة مات قبل الفتح في مكة على الكفر ، وأسلم ابنه عبد عام الفتح سنة ثمانٍ من الهجرة ، وسودة كانت من المهاجرين إلى الحبشة وذلك يدل على سبق إسلامها على إسلام أخيها عبد . انظر الإصابة (٤٣٣/٢) ، أسد الغابة (٤١١/٣ ، ٤١٢) ، سير أعلام النبلاء (٢٦٥/٢ - ٢٦٩) .

(٣) انظر الحاوي الكبير (٩٣/٧) .

(٤) في (م) : [عندنا] ، وفي (ع) : [عند] .

(٥) انظر صحيح البخاري (١٩٢/٥) ، وعبارته « قال رسول الله ﷺ لسودة بنت زمعة احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص ، قالت : فما رآها حتى لقي الله » .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) اتفق الفقهاء على عدم ثبوت النسب باعتراف أحد الوارثين مع إنكار الآخرين . انظر بدائع الصنائع (٢٢٩/٧) ، الذخيرة (٣١١/٩) ، بداية المجتهد (٣٩٦/٢) ، الحاوي الكبير (٩٢/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٢٧/٥) .

١٥٩٢٣ - فإن قيل : إنما أمرها أن تحتجب احتياطًا لما رأى من الشبه بعتبة [١] .

١٥٩٢٤ - قلنا : الشبه الذي لا يثبت به النسب لا يجوز أن يقطع أحكام النسب الثابت [٢] .

١٥٩٢٥ - فإن قيل : أراد أن يبين أن للزوج أن يحجب الزوجة عن أقاربها [٣] .

١٥٩٢٦ - قلنا : لا يجوز ذلك .

١٥٩٢٧ - قالوا : كل من جاز إرثه ملك إلحاق النسب ، أصله إذا كانوا جماعة [٤] .

١٥٩٢٨ - قلنا : الجماعة لو شهدوا عليه في حال الحياة جاز أن يثبت النسب بشهادتهم [٥] فجاز أن يثبت بإقرارهم في الحال التي تعتبر الإقرار ، والواحد لا يثبت النسب بشهادته [٦] في الحال التي تعتبر الشهادة فيها ، لذلك لا يثبت في حق الغير بإقراره في الحال التي لا يعتبر الإقرار فيها .

١٥٩٢٩ - قالوا : [كل] [٧] حق ثبت بالاعتراف صح أن يثبت باعتراف واحد كما لو كان المعترف به أباه [٨] .

١٥٩٣٠ - قلنا : الأصل أن الاعتراف يثبت به الحق في حق المعترف دون غيره فلا يصح أن يقال : اعتراف الأب لما ثبت به الحق علي نفسه يجب أن يثبت باعتراف غير الأب علي غيره .

---

(١) إنه ﷺ أمرها بالاحتجاب منه على سبيل الاحتياط والورع وصيانة لأمهات المؤمنين من بعض المباحات مع الشبهة ، وذلك لما رأى ﷺ في الولد من الشبه البين بعتبة بن أبي وقاص . انظر الحاوي الكبير (٩٤/٧) ، سبل السلام (٢١١/٣) .

(٢) لأن المسألة مبنية على القطع أو الظن دون الشك ، ومن شروط صحة ثبوت النسب أن يكون المدعى مجهول النسب ليصح أن يلحق نسبه بمن يدعيه ، فإن كان معروف النسب فدعواه مردودة لبطلانها . انظر تبين الحقائق (٢٧/٥) ، الحاوي الكبير (٨٦/٧) .

(٣) انظر الحاوي الكبير (٩٤/٧) ، وفيه « أن للزوج منع زوجته من الظهور لأخيها وأهلها فلم يكن في المنع دليل على اختلاف النسب » .

(٤) انظر بدائع الصنائع (٢٣٠/٧) ، هذا استدلال للإمام أبي يوسف أن إقرار الواحد مقبول في حق الميراث فيكون مقبولاً في حق النسب كإقرار الجماعة .

(٥) في (ع) ، (م) : [بشهادته] .　　(٦) في (ع) : [بشهادتهم] .

(٧) ما بين المعكوفين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٨) انظر الحاوي الكبير (٩٤/٧) ، وفيه « أن من ثبت الميراث بإقراره ثبت النسب بإقراره كالموروث » .

١٥٩٣١ - ولأن الأب إذا أقر فهو يثبت النسب علي نفسه ، ثم يسري إلى غيره . فلذلك جاز أن يعتبر العدد في أحدهما دون الآخر .

١٥٩٣٢ - قالوا : أخبار لا يراعى فيها العدالة فوجب أن لا يراعى فيها العدد . أصله سائر الإقرارات [١] .

١٥٩٣٣ - قلنا : من أصحابنا من اعتبر العدالة في الورثة المقرين والعدد جميعًا . فعلى هذا الوصف غير مسلم [٢] . وإن سلمنا فلأن العدالة شرط لنفي التهمة ، والمقر هنا غير متهم ، لأنه يلزم نفسه الحق ، وههنا يلزم غيره فقوله [٣] يثبت بالشهادات فجاز أن يعتبر العدد كما اعتبر في الشهادات .

١٥٩٣٤ - قالوا : الوارث يقوم مقام مورثه ، بدليل أنه يثبت باعترافهم عليه ما يثبت باعترافه على نفسه ، ويملك إقامة بيناته ودعاويه فإذا كانوا كهو ثم ثبت أنه يستلحق النسب فلذلك ملكوا أن يستلحقوه [٤] .

١٥٩٣٥ - قلنا : إنما قاموا مقامه في استيفاء حقوقه وقضاء ديونه وأما فيما عليه فلم يقوموا مقامه بدلالة أنهم [لو] [٥] أقروا بدين لم يحكم بثبوته عليه ، والنسب حق لثبوته عليه ، فلم يقوموا مقامه فيه .

١٥٩٣٦ - ولأنه إذا أقر على نفسه فهو أصل في الالتزام ، وإذا ألزموه فهو فرع عليه .

١٥٩٣٧ - ويجوز أن تختلف صفة الفرع والأصل في الالتزام ، كما يختلف شهود الفرع في العدد عند مخالفنا ، وفي سائر الصفات عندنا .

* * *

(١) المغني مع الشرح الكبير (٥/٣٢٧) . قال ابن قدامة : إنه حق يثبت بالإقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ، ولأنه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كإقرار الموروث ، واعتباره بالشهادة لا يصح ، لأنه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ، ويبطل الإقرار بالدين .

(٢) بدائع الصنائع (٧/٢٢٩) ، الذخيرة للقرافي (٩/٣١١) .

(٣) في (ع) ، (م) : [يثبت] .

(٤) الحاوي الكبير (٧/٩٤) ، وفيه « أن الورثة يخلفون مورثهم في حقوقه إثباتًا كالحجج والبينات ، وقبضًا كالدين والقصاص . والنسب حق له إثباته حيًا فكان للورثة إثباته ميتًا . ويتحرر منه قياسان : أحدهما : أن ما ملك المورث إثباته من حقوقه ملك الورثة إثباته بعد موته كالدين والقصاص ، والثاني : أن من ملك إثبات الحقوق ملك إثبات الأنساب كالموروث » .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

إقرار أحد الورثة بالدين وإنكار الآخرين

١٥٩٣٨ - قال أصحابنا : إذا أقر أحد الورثة بدين وجحد الباقون أُخِذَ جميعُ الدين من نصيب المقر خاصة (١) .

١٥٩٣٩ - وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم (٢) وقال الشافعي رحمه الله في الجديد (٣) يؤخذ من حقه بمقدار نصيبه من الإرث (٤) .

---

(١) مختصر العلماء (٢٠٨/٤) ، المبسوط (٤٨/١٨) ، تبيين الحقائق (٢٩/٥) ، البناية على الهداية (٦٠١/٧) ، نتائج الأفكار (٤٠١/٨) . ورؤوس المسائل ص١٤١ ، وقد نص الزمخشري على أنه « إذا ادعى على الميت دينًا فأقر أحد الورثة بهذا الدين على أبيه فإن عندنا يجب أداؤه في حصة نفسه من نصيبه ، لأن إقرار الإنسان إنما يصح في حق نفسه ؛ لأنه لا تهمة فيه وأما في حق غيره فإنه متهم فوجب ألا يصح » .

(٢) انظر روضة الطالبين (٤١١/٥) .

(٣) القول ينقسم إلى قديم وجديد ، والقول القديم : هو ما قاله الشافعي في العراق أو قبل انتقاله إلى مصر أو صنفه في كتاب أو أفتى به في هذه الفترة . ومن أهم كتبه الحجة ومن أهم رواته الإمام أحمد بن حنبل والزعفراني وأبو ثور سواء رجع عنه وهو الغالب وهذا ما عناه الشافعي بقوله لا أجعل في حل من رواه عني أو لم يرجع عنه وهو قليل في مسائل محدودة قيل إنها : ثلاث مسائل ، وقيل إنها (١٧) مسألة وقال كثير هي عشرون مسألة . وقد أشار النووي إلى أن إفتاء الأصحاب بالقديم في هذه المسائل وترجيحهم له لا يلزم منه نسبته إلى الإمام ، بل هو محمول على أن اجتهادهم داخل المذهب أدى بهم إليه لظهور دليله ، إلا إذا عضده حديث صحيح غير معارض له فهو مذهبه ومنسوب إليه حيث قال : « إذا صح الحديث فهو مذهبي » . القول الجديد : هو ما قاله الشافعي بمصر تصنيفًا وإفتاء ومن أهم كتبه الأم . الإملاء ، مختصر المزني ومختصر البويطي ومن أهم رواته المزني والبويطي والربيع المرادي والجيزي وابن عبد الحكم وغيرهم . إذا كان في المسألة قولان قديم وجديد فالجديد هو الصحيح ، وعليه العمل إلا في بعض المسائل . مغني المحتاج (١٣/١) ، نهاية المحتاج (٤٨/١ - ٥٠) ، المجموع (٦٦/١ - ٦٧) ، سبعة كتب مفيدة ص٤٧ .

(٤) انظر الحاوي الكبير (١٠٣/٧) ، المهذب (٤٥٢/٢) ، كتاب الأم (٣١٧/٣) ، التنبيه ص١٦٦ وقال الشيرازي في المهذب : « إن كان المقر عدلًا جاز أن يقضي بشهادته مع شاهد آخر أو مع امرأتين أو مع يمين المدعي . وإن لم يكن عدلًا حلف المنكر ولم يلزمه شيئًا . وأما المقر به ففيه قولان : الأول : إنه يلزمه جميع الدين في حصته ، والثاني : إنه لا يلزمه من الدين إلا بقدر حصته » . والملاحظ أن الشيرازي لم يذكر هل القولان في الجديد أم في القديم ، إلا أن النووي في روضة الطالبين تعرض للقولين فقال : إقرار الورثة على الميت بالدين والعين مقبول ، فلو أقر بعضهم بدين وأنكر بعضهم فقولان : القديم : على المقر قضاء جميع الدين من حصته من التركة إن وفت به وإلا فيصرف جميع حصته إليه ، لأنه إنما يستحق الميراث بعد قضاء الدين . =

١٥٩٤٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾ [١] فأثبت الله الإرث بعد الدين ، ولو لم يعتبر جميع ما أقر به استحق الميراث مع بقاء الدين على الميت في زعمه ، وهذا لا يصح .

١٥٩٤١ - ولا يقال : إنه تعالى سوى بين الدين والوصية ، وإن جاز أن يُسلّم له الميراث قبل استيفاء الوصية المقر بها ؛ لأن الظاهر منع ثبوت الإرث قبل الوصية لولا قيام الدلالة .

١٥٩٤٢ - ولأن الإقرار بالدين معنى يجوز أن يستحق به جميع التركة من يد الورثة فجاز أن يستحق به جميع ما أقر به بعض الورثة من نصيبه . أصله : إذ أقر بعين وعليه الوصية .

١٥٩٤٣ - ولا يقال : الوصية وتُستحق بها جميع التركة عندكم ولا تستحق جميعها إذا أقر بها الوارث من نصيبه ، لأن الوصية يُستحق بها جميع المال إذا لم يكن هناك ورثة .

١٥٩٤٤ - ونحن قلنا : معنى يستحق به جميع التركة من يد الورثة .

١٥٩٤٥ - فإن قالوا : بموجب العلة فيمن مات وترك ابنين وألفين فأقر أحدهما بألفين استوفى جميع ما في يده [٢] .

١٥٩٤٦ - قلنا : فجاز أن يستحق به ما أقر به من نصيبه ، وهناك لا يستحق جميع ما أقر به ولأنه لو أقر على الميت بدين يستغرق ما في يده من التركة فللمقر له استيفاء [ما في يده إذا لم يقدر على استيفائه] [٣] من غيره ، كما لو كان الوارث واحداً

= والجديد : أنه لا يلزمه إلا بقصد حصته من التركة . فعلى الجديد لو مات المنكر وورثه المقر فهل يلزمه الآن جميع الدين المقر به ؟ وجهان : أصحهما نعم ، لحصول جميع التركة في يده . ويتفرع على القولين فرعان ، أحدهما : لو شهد بعض الورثة بدين على الورث إن قلنا لا يلزمه بالإقرار إلا حصته قبلت شهادته وإلا فلا ، لأنه متهم . وسواء كانت الشهادة بعد الإقرار أو قبله . وبقول الشافعي في الجديد قال مالك والحنابلة ، وهو قول النخعي والحسن البصري وابن أبي ليلى وابن شبرمة والأوزاعي وأبي ثور . قال ابن قدامة : « وإن أقر أحدهم بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه ، فإن كانا اثنين لزمه النصف وأن كانوا ثلاثة فعليه الثلث » . وجاء في الذخيرة قول الطرطوشي : إذا أقر بعض الورثة بدين على الميت لزمه بقدر حصته ، قاله مالك . الذخيرة (٢٦٢/٩) .
المغني مع الشرح الكبير (٣٣٩/٥) ، الإنصاف (١٥٥/١٢) ، مختصر اختلاف العلماء (٢٠٨/٤) .

(١) سورة النساء : الآية ١١ .

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٠٣/٧) ، وعبارته « لو كانت التركة ألفًا والورثة ابنين فأقر أحدهما بألف درهم لزمه منها على القولين خمسمائة درهم ؛ لأنها جميع حصته فلا يلزم أكثر منها » .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

وبعض التركة في يد الغاصب .

١٥٩٤٧ - ولأنه تعذر استيفاء الدين مما ليس في يده فوجب أن يستوفى مما في يده منها إذا كان فيه وفاء . أصله : إذا قامت البينة وبقية الورثة غيب .

١٥٩٤٨ - ولأن الوارث الجاحد غاصب لما في يده في [1] زعم المقر ، فصار كالأجنبي إذا غصب بعض التركة [2] .

١٥٩٤٩ - فإن قيل : إذا أقر أحد الابنين بوصية خمسين درهما ، وجحد الآخر والتركة ثلاثمائة استوفى من نصيب المقر خمسة وعشرين [درهمًا] [3] . ولو كان نصف المال في يد الغاصب استوفى منه جميع الخمسين .

١٥٩٥٠ - قلنا : لا نعرف رواية في هذه المسألة .

١٥٩٥١ - وإنما قالوا : إذا أقر أحدهما أنه وصى بالثلث لم يلزمه إلا بقدر حقه ، لأن الموصى له شهد له الوارث ؛ فالهالك من المال والمجحود على الحقين [سواء] [4] والدين يثبته على وجه التقديم ، ولا يثبته على وجه الشركة .

١٥٩٥٢ - فأما في هذه المسألة فلو هلك بعض المال لم ينقص الموصى له من وصيته . كذلك إذا جحد الشريك .

١٥٩٥٣ - فإن قيل : قد قلتم أنه إذا أقر أحد الابنين أن الميت أوصى بالثلث دفع ثلث ما في يده . وقد كان يجب أن يدفع نصف ما في يده ، لأن الجاحد استوفى نصيبه والمقر زعم أن حقه وحق الموصى له سواء .

١٥٩٥٤ - لعل هذا كان القياس عندهم ، وإنما تركوه لأنه يؤدى إلى ما لا يصح . ألا ترى أنا لو ألزمنا المقر نصف ما في يده جاز أن يقر الابن الآخر بوصية الثلث فيدفع إلى المقر له مثل ذلك فيستحق بالوصية نصف مال الميت ، وهذا لا يجوز .

١٥٩٥٥ - وليس هذا كالدين ؛ لأن المقر متى ألزمناه دفع ما في يده [و] [5] في يد شريكه وألزمناه دفع ما في يده فيستحق جميع ما في التركة بالدين وهذا غير ممتنع .

١٥٩٥٦ - ولأن / كل جزء من التركة مشغول بكل الدين ، بدلالة أن التركة لو

---

(١) في (ع) ، (م) : [من] .

(٢) انظر بدائع الصنائع (٢٣٠/٧) .

(٣ ، ٤) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

كانت أضعاف الدين فهلكت إلا مقدار الدين استوفى الغرماء ما بقي بدينهم .

١٥٩٥٧ - ولو كان كل جزء من التركة مشغولاً بجزء من الدين لسقط من الدين بحصة الهالك . وتبين ذلك أن الدين لو ثبت بالبينة فتصرف بعض الورثة بنصيبه أخذ جميع الدين من الحاضر . ولو كان الدين منقسماً عليها لم يؤخذ [١] من الحاضر إلا مقدار نصيبه ولو كان في التركة عين ودين أخذ الغريم جميع ماله من العين [٢] ولم ينتظر خروج الدين بقدره [وتعلق كل جزء بجزء من المال يؤخذ من العين بقدره ، ومن الدين بقدره] [٣] وليس هذا كالوصية ؛ لأنها ثبتت مشتركة مع الوارث ، بدلالة أنها إذا كانت بجزء مشاع ثم هلك بعض المال بطل من الوصية بقدره ، فلذلك لا يستحق الموصى له من نصيب المقر جميع وصيته .

١٥٩٥٨ - احتجوا : بأنه أقر بدين تعلق بمال مشترك فوجب أن يجب عليه بقدر حقه منه . أصله : العبد المشترك إذا أقر أحد الشريكين باستهلاك مال وجحد الآخر استوفى من نصيب المقر النصف ، كذلك هذا [٤] .

١٥٩٥٩ - قلنا : دين العبد في أحد النصيبين غير متعلق بالنصيب الآخر ، بدلالة أن الدين لو ثبت ببينة ثم غاب أحد الشريكين لم يستوف جميع الدين من نصيب الآخر ، وإذا أقر استوفى من نصيبه بقدره . وأما الدين فكل جزء من التركة مستحق بجميعه ، بدلالة أنه لو ثبت بالبينة ثم غاب أحدهما استوفى من نصيب الآخر . وإذا أقر تعذر الاستيفاء من نصيب الآخر فصار كتعذر غيبته [٥] .

١٥٩٦٠ - قالوا : ما ثبت بالإقرار في حق المقر كالثابت بالبينة . ومعلوم أن الدين لو ثبت بالبينة استوفى من نصيب أحدهما النصف كذلك إذا ثبت بالإقرار [٦] .

١٥٩٦١ - قلنا : إذا ثبت الدين بالبينة [٧] وتعذر الاستيفاء من أحدهما بعينه استوفى جميع الدين من الحاضر . فإذا أقر أحدهما فقد تعذر الاستيفاء من الجاحد ، فوجب أن

---

(١) في (ع) ، (م) : [لم يوجد] . (٢) في (ع) ، (م) : [من الدين] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٤) انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٣٩/٥) في هذا المعنى .
(٥) في (ع) ، (م) : [بعينه] .
(٦) عبارة [ولأن ما كان متابعًا في جميع التركة إذا ثبت بالبينة فكذلك بالإقرار كالوصية] انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٠٣/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٣٩/٥ ، ٣٤٠) .
(٧) في (ع) ، (م) : [بالهبة] .

يستوفى الجميع من المقر .

١٥٩٦٢ - فأما إذا أقرا [١] جميعًا أو قامت عليهما [٢] البينة وهما حاضران فقد أمكن استيفاء الدين منهما .

١٥٩٦٣ - فلو قلنا : إن جميعه يستوفى من أحدهما ، ويثبت له الرجوع على شريكه لم يكن في ذلك فائدة .

١٥٩٦٤ - فقلنا : يأخذ من كل واحد منهما بمقدار نصيبه .

١٥٩٦٥ - قالوا : لو وجب جميع الدين من نصيب المقر لم تقبل شهادته بالدين مع غيره ، لأنه يدفع عن نفسه بهذه الشهادة مغرمًا ويتخلص من بعض [ما وجب] [٣] [عليه] [٤] فلما قبلت شهادته دل على أنه لا يجب عليه بالإقرار إلا مقدار نصيبه [٥] .

١٥٩٦٦ - الجواب : أن أحد الوارثين عندنا لو أقر ثم شهد لم تقبل شهادته ، لأنه يدفع شهادة بعض ما وجب عليه بإقراره فأما إذا ابتدأ فشهد فشهادته مقبولة ، ولا يعتبر ما في ضمن شهادته ؛ لأنه لو ثبت [لثبت بالإقرار] [٦] لا بالشهادة .

١٥٩٦٧ - ألا ترى أن شهود الزنا في ضمن شهادتهم القذف [٧] ، ولو تقدم القذف لم تقبل شهادتهم ؛ لأنهم يدفعون بها الحد [٨] . ومتى لم يقذفوه حتى شهدوا جازت

---

(١) في (ع) : [أقر] ، في (م) : [أقروا] . (٢) في (ع) ، (م) : [عليهم] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٥) الحاوي الكبير (١٠٣/٧) ، المهذب (٤٥٢/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٤٠/٥) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٧) القذف لغة : هو الرمي تقول : قذف بالحجارة قذفًا من باب ضرب أي رمى بها ، وقذف المحصنة قذفًا أي رماها بالفاحشة . وفي الاصطلاح هو الرمي بالزنا . والقذف من الكبائر بالإجماع إذا قذف رجل رجلًا محصنًا أو امرأة محصنة بصريح الزنا ، وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطًا ، إن كان حرًا يُفرق على أعضائه ، ولا يجرد عن ثيابه ، غير أنه ينزع عنه الفروة والحشو . وإن كان عبدًا جلده أربعين . لسان العرب (٣٥٦٠/٥) والمصباح المنير (٦٧٨/٢) ، اللباب شرح الكتاب (١٩٥/٢) .

(٨) الحد في اللغة : الفصل والمنع فمن الأول قول الشاعر وجاء على الشمس حدًا لا خفاء به ، ومن الثاني حددته عن أمره إذا منعته ، فهو محدود ومنه الحدود المقدرة في الشرع وجبت حقًا لله تعالى لأنها تمنع من الإقدام ، ويسمى الحاجب حدادًا لأنه يمنع من الدخول من غير أهلها ، وحد الشئ يمنع أن يدخل فيه ما ليس منه ، وأن يخرج منه ما هو منه . انظر المصباح المنير ١٧١/١ ، التعريفات ص٩٧ ، النظم المستعذب (٢٦٥/٢ ، ٢٦٦) .

الشهادة ولم يعتبر ما في ضمنها من دفع الحد [١] .

١٥٩٦٨ - الحد كذلك في مسألتنا على هذا : إذا ادعى الوكيل أنه باع وفي ضمن إقراره أنه انعزل - ولو انعزل لم يجز إقراره ولم يعتبر ما في ضمن إقراره - لتنافي الإقرار .

١٥٩٦٩ - فإن قيل : من أصلنا على أحد القولين أن الشهادة ليست بقذف فلا تتضمن الشهادة دفع الحد .

١٥٩٧٠ - قلنا : فكذلك [٢] الشهادة ليست بإقرار . فإن جاز أن يعتبروا ما في مضمونها من الإقرار جاز أن يعتبر ما في ضمن الشهادة من القذف بالزنا ، ولا فرق بين الأمرين .

١٥٩٧١ - قالوا : وعلى القول الآخر أن الشهادة إذا لم تتم حُدَّ الشهود .

١٥٩٧٢ - فنقول : لو تمت الشهادة لم يثبت القذف ، فلم يكونوا بالشهادة دافعي مغرم [٣] ولو تمت الشهادة بالدين ثبت الدين فقد دفعوا مغرمًا .

١٥٩٧٣ - قلنا : إذا تمت الشهادة لم يلزم الشاهد كل الدين ، فلم يدفع بشهادته شيئًا ، كما أن الشهادة إذا تمت بالزنا لم يثبت القذف ، فلم يصر دافعًا بشهادته شيئًا ، ولا فرق بينهما .

١٥٩٧٤ - ولأن الدين إذا ثبت بالإقرار لم يجز أن يستوفى من نصيب الشريك باتفاق . وإذا ثبت بالبينة جاز أن يستوفى من نصيب الشريك إذا غاب الشاهد ، ومع ذلك تقبل شهادته ، ولا يصير كأنه شهد بأن شريكه تكفل عنه ، بذلك تقبل شهادته ولا يصير دافعًا عن نفسه .

* * *

---

(١) في (م) : [الحد] وهو الصواب أما في (ص) ، (ع) : [حد القذف] .

(٢) هكذا في (ع) ، (م) : [وهو الصواب] .

(٣) في (ص) : [معدم] . والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

هل إقرار الرجل بنسب ولد يثبت زوجية امه الحرة ؟

١٥٩٧٥ - قال أصحابنا : إذا أقر الرجل بنسب ولد ثم مات فجاءت أمه تدعي الزوجية وهي حرة كان لها الميراث [١] .

١٥٩٧٦ - وقال زفر [٢] : لا ميراث لها [٣] .

١٥٩٧٧ - وبه قال الشافعي رحمه الله [٤] .

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (٢٠٨/٤) ، مختصر الطحاوي ص١٥٣ ، الهداية (٣٦/٢) ، البناية على الهداية (٨٣٤/٤ ، ٨٣٥) ، تبيين الحقائق (٤٦/٣) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٧٩/١) ، الفتاوى الهندية (٥٣٩/١ ، ٥٤٠) ، وفي الهداية « ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته فهي امرأته وهو ابنه يرثانه » . وبه قال الإمام مالك . انظر الذخيرة للقرافي (٣١٦/٩) .

(٢) هو الإمام القاضي زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري ، ولد سنة ١١٠هـ وتوفي بالبصرة سنة ١٥٨هـ وله ثمان وأربعون سنة ، كان أبوه من أهل أصبهان . تولي زفر قضاه البصرة وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي . كان الإمام أبو حنيفة يجله ويعظمه ويقول : هو أقيس أصحابي . وقال الحسن بن زياد : إن المقدم من مجلس الإمام كان زفر . وعن سليمان العطار قال : تزوج زفر ، ودعا إلى عرسه الإمام والتمس منه أن يخطب ، فقال الإمام في خطبته : هذا زفر إمام من أئمة المسلمين وعلم من أعلامهم في شرفه وحسبه ونسبه . قال ابن معين وأبو نعيم : كان ثقة مأمونًا ، وقال ابن حبان : كان فقيهًا حافظًا قليل الخطأ . البداية والنهاية (١٢٩/١٠) ، تاريخ بغداد (٣٢٣/١٣) ، طبقات ابن سعد (٢٧٠/٦) ، وفيات الأعيان (٣١٧/٢ - ٣١٩) ، ميزان الاعتدال (٧١/٢) ، العبر (٢٢٩/١) ، الجواهر المضية (٢٠٧/٢ ، ٢٠٨) ، تاج التراجم ص٢٨، الفوائد البهية ص٧٥ ، ٧٦ ، شذرات الذهب (٢٤٣/١) ، الفهرست لابن نديم ص٢٠٢ .

(٣) جاء في مختصر اختلاف العلماء ٢٠٨/٤ وعبارته « وروى ابن سماعة عن محمد : أنها إذا كانت مجهولة لم يكن لها ميراث إذا لم تعرف بالحرية ، والولد ولده منها . وإن كانت معروفة الأصل فالقياس أن لا يكون . ووجه الاستحسان : أنه لعله وطأها بشبهة ولكني أستحسن إذا كانت معروفة أنها حرة أن أجعلها امرأته] . اهـ . من المختصر .

(٤) انظر حلية العلماء (٣٧٣/٨) . وبه قال الحنابلة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٥٥/٥) ، المبدع (٣١٠/١٠) ، الفروع لابن مفلح (٦١٧/٦) وقال ابن قدامة : « إن أقر بنسب صغير لم يكن مقرًا بزوجية أمه لأن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقرًا بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية ، وما ذكروه لا يصح ؛ لأن النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء في النكاح الفاسد والشبهة فلا يلزمه بحكم إقراره ما لم يتضمنه لفظه ولم يوجب .

١٥٩٧٨ - لنا : قوله ﷺ : « الولد للفراش وللعاهر الحجر »(١) وهذا ولد فوجب أن يكون أبوه زوجًا ؛ ولأن نسب ولد الحرة يثبت من الميت فوجب أن يكون أبوه زوجًا وبحكم بالزوجية .

١٥٩٧٩ - ولا يلزم إذا قال : وطئتها بشبهة ، لأنه عرف بنسب غير النكاح ولأنها محصنة (٢) فلا يثبت نسب ولدها إلا من زوج ، أصله إذا قال بنكاح .

١٥٩٨٠ - ولا يلزم إذا أقر بولد من غيرها ؛ لأنها محصنة وكذلك الموطوءة بشبهة غير محصنة .

١٥٩٨١ - ولأن نسب ولد الحرة يثبت إما من نكاح أو من سبب محظور ، ولا يجوز حمل أمر المسلم على الوطء المحظور من غير حاجة ، فلم يبق إلا أن يُحمل على الوجه المباح . وليس كذلك ولد الأمة ، لأن نسب ولد الأمة يثبت من وجه مباح غير النكاح ، وهو ملك اليمين [وليس بنا حاجة] (٣) إلى إثبات النكاح ، ولأن الزوجية إذا ثبتت فإن ولد الزوجة [ثبت] (٤) نسبه من الزوج ، وإن جاز أن توطأ بشبهة فثبت النسب من الوطء ، وكذلك إذا ثبت نسب ولدها [ثبت النكاح وإن جاز أن توطأ بشبهة .

١٥٩٨٢ - احتجوا : بأنه إقرار بنسب ولد] (٥) فلا يكون إقراراً بنكاح أمه . أصله ، إذا لم تُعرف حريتها .

١٥٩٨٣ - قلنا : هناك يجوز أن يثبت النسب من وجه مباح غير النكاح فلم يكن بنا حاجة إلى إثبات النكاح ، وفي مسألتنا لا يجوز أن يثبت النسب من وجه مباح إلا بالنكاح حتى لا يحمل وطؤها على وجه محظور .

• • •

---

(١) سبق تخريج الحديث .

(٢) في (ع) ، (م) : [مخصة] .

(٣) في (ع) : [من غير حاجة] ، وفي (م) : [بنا حاجة بحذف ليس] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) وفيه تكرار في السطور .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

مَوْسُوعَة

القواعد الفقهية المقارنة

المُسَمَّاة

التجريد

كتاب العارية

مسألة [١] ٧٩٨

هل العارية مضمونة او امانة ؟

١٥٩٨٤ - قال أصحابنا : العارية أمانة لا يضمنها المستعير لا بالتعدي . وهل يضمن بالشرط [٢] ؟ .

(١) العارية أمانة في يد المستعير في حالة الاستعمال المأذون فيه بالإجماع ، وإن تعدى في المعار ، كما لو كانت دابة فكبحها باللجام أو فقأ عينها بالضرب ، أو حملها ما يعلم أن مثلها لا يحمله ، أو استعمله ليلًا ونهارًا مما لا يستعمل فيه مثلها من الدواب . وكذا لو نزل عن الدابة ودخل المسجد وتركها في سكة فهلكت ، فهي مضمونة بالإجماع . أما في غير حالة الاستعمال المأذون فيه فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذاهب : فقد ذهب الحنفية وأهل الظاهر إلى أن العارية غير مضمونة إلا أن يتعدى فيها المستعير . وبه قال الحسن البصري وإبراهيم النخعي والشعبي وعمر بن عبد العزيز والأوزاعي وابن شبرمة وفي قول ضعيف عند الشافعية . وذهب المالكية في المشهور عندهم إلى التفصيل ، فقالوا : يضمن فيما يغاب عليه إذا لم يكن على التلف بينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه . وبه قال عثمان البتي . واستدلوا على ذلك بأنه جاءت أحاديث تفيد بأن العارية مضمونة وتفيد بأنها أمانة ، فحمل الضمان على ما يغاب عليه ، والأمانة على ما لا يغاب عليه ، فإن الضمان في باب العارية ضمان تهمة . ورد ابن حزم على الإمام مالك فقال : وليس لهم حجة إلا أنهم قالوا نتهم المستعير فيما غاب . فقلنا : ليس بالتهمة تستحل أموال الناس ؛ لأنها ظن . والله تعالى قد أنكر اتباع الظن فقال تعالى : ﴿ إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا ٱلظَّنَّ وَإِنَّ ٱلظَّنَّ لَا يُغْنِى مِنَ ٱلْحَقِّ شَيْـًٔا ﴾ الآية (٢٨) سورة النجم وقال رسول الله ﷺ : « إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث » أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٤٦٥/٢) عن أبي هريرة والبيهقي في السنن الكبرى كتاب الإقرار باب ما جاء في إقرار المريض لوارثه (٨٥/٦) ، ويلزمهم إذا أعملوا الظن أن يضمنوا المتهم ولا يضمنوا من لا يتهم . ويلزمهم أن يضمنوا الوديعة أيضًا بهذه التهمة . وذهب الشافعية في المشهور والحنابلة إلى أن العارية مضمونة سواء تلفت بفعل أو بجائحة سماوية . والمذهب الرابع أن المعير إن شرط الضمان في العارية فهي مضمونة وإن لم يشترط فليس بشيء ، هذا قول قتادة وعبيد الله بن الحسن وداود الظاهري . والمذهب الخامس هو مذهب ربيعة أنها إن تلفت بالموت لم يضمن وإن تلفت بغيره ضمن . انظر تبيين الحقائق (٨٤/٥) ، البناية على الهداية (١٧٥/٧) ، مجمع الأنهر (٣٤٧/٢) ، بدائع الصنائع (٢١٧/٦) ، المبسوط (١٣٤/١٣) ، مختصر الطحاوي ص١١٦ ، البحر الرائق (٢٨١/٧) ، تكملة حاشية ابن عابدين (٣٨٩/٨) ، حاشية الدسوقي (٤٣٦/٣) ، الخرشي (١٢٣/٥) ، القواعد الفقهية ٢٨٧ ، بداية المجتهد (٣١٣/٢) ، التفريع (٢٦٧/٢ ، ٢٦٨) ، الحاوي الكبير (١١٨/٧) ، المهذب (٣٦٣/١) ، المجموع (٢٠٥/١٤) ، مغني المحتاج (٢٦٧/٢) ، نهاية المحتاج (١٢٦/٥) ، روضة الطالبين (٤٣١/٤) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١٤٦/٢) ، مختصر خلافيات البيهقي (٤٠٨/٣ - ٤١٠) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٥٥/٥) ، المبدع (١٤٥/٥) ، المحلى (١٦٩/٩) .

(٢) اختلف مشايخ الحنفية هل العارية تضمن بالشرط ، كقول الرجل للآخر أعرني ثوبك فإن ضاع مني فأنا =

١٥٩٨٥ - قال أبو سعيد : تُضمن . وذكر ابن رستم [١] عن محمد أنها لا تُضمن . وذكر البقالي [٢] عن محمد أنه تأول حديث صفوان علي شرط الضمان

١٥٩٨٦ - وقال الشافعي : كل عارية مضمونة علي المستعير ، وإن تلفت بغير [٣] فعله . وأما الأجزاء [٤] فغير مضمونة عندهم مع بقاء الأصل إذا تلفت بالاستعمال .

١٥٩٨٧ - وأما إذا أتلفت الجملة بعد ذلك فالمذهب أنه يضمن القيمة يوم التلف ، ولا يضمن الأجزاء [٥] . وقال ابن سريج يضمن الأجزاء معها .

= ضامن . فقال أبو سعيد البردعي بضمانه لاشتراطه ، والمسلمون عند شروطهم ، كما قال به قتادة والعنبري ورواية عند الحنفية . انظر المبسوط (١٣٦/١١) ، الإشراف (١٤٦/٢) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٩ .

(١) هو الشيخ أبو بكر إبراهيم بن رستم المروزي ، تفقه على محمد بن الحسن وروى عن أبي عصمة نوح كتاب الجامع ، وسمع من مالك وغيره وروى عن أسد البجلي . قدم بغداد غير مرة فروى عنه أئمة الحديث ، ومنهم أحمد بن حنبل وأبو خيثمة وزهير بن حرب وغيرهم . عرض المأمون عليه القضاء فامتنع ، وله كتاب النوادر كتبه عن محمد بن الحسن . قال يحيى بن معين : إنه ثقة ، توفي بنيسابور ، قدمها حاجًا يوم الأربعاء من جمادى الآخر سنة ٢١١هـ وقد مرض بسرخس ، ينسب إلى مرو وهي بلدة معروفة يقال لها مروة شاة جهان [ملك العالم] انظر الجواهر المضية (٨١/١ ، ٨٢) ، الفوائد البهية (١٠/٩) ، تاج التراجم ص٣ ، ٤ .

(٢) هكذا في جميع النسخ وقد جاء هذا القول منسوبًا إلى الإمام محمد في مختصر اختلاف العلماء ، برواية محمد بن العباس الرامي ، وقد ذكر أن اسمه محمد بن العباس ، وذكر صفته السمعاني وغيره بأنه : الرامي . قال أبو جعفر الطحاوي « وقد ذكر لنا محمد بن العباس أن محمدًا تأول في ذلك أن صفوان كان مشركًا يومئذ ، فشرط الضمان ، وقد يجوز ذلك بين المسلمين وأهل الحرب » . انظر مختصر اختلاف العلماء (١٨٧/٤) . وقد بان من ذلك أنه هو أبو سعيد محمد بن العباس الغازي الرامي ، كان ناسكًا من أتباع أبي حنيفة شديد المحبة لأهل العلم ، ومات في أول سنة ٣٧٤هـ أو آخر سنة ٣٧٣هـ ، والنسبة إلى الرمي بالقوس ، سمع من أبي الحسن محمد بن أبي الفضل السمرقندي أحاديث في فضل الرمي والجهاد ، وسمع منه أبو سعيد الإدريسي . انظر الأنساب للسمعاني (٥٤/٦) ، اللباب (١٠/٢) ، الجواهر المضية (١٨١/٣) .

(٣) في (ع) ، (م) : [من غير] .

(٤) انظر الحاوي الكبير (١١٨/٧) ، المهذب (٣٦٣/١) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٤/١٤) ، حيث جاء أن العارية كلها مضمونة : الدواب والرقيق والدور والثياب لا فرق بين شيء منها ، فمن استعار شيئًا فتلف بفعله أو بغير فعله فهو ضامن له .

(٥) قال النووي في روضة الطالبين أما الأجزاء فما تلف بسبب الاستعمال المأذون فيه كانمحاق الثوب باللبس لا يجب ضمانه على الصحيح . وما تلف منها بغير الاستعمال ففيه وجهان : أحدهما : لا يضمن كالتالف بالاستعمال وأصحهما الضمان كتلف العين كلها . وقال ابن قدامة : إن تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال فعليه ضمانها ، لأن ما ضمن جملته ضمنت أجزاؤه كالمغصوب ، وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كحمل المنشفة والقطيفة وخف الثوب بلبسه ففيه وجهان ، أحدهما : يجب ضمانه لأنها أجزاء عين =

١٥٩٨٨ - لنا : ما روى همام [١] عن عطاء بن أبي رباح [٢] عن صفوان بن يعلي [٣] عن أبيه [٤] ، قال : قال رسول الله ﷺ : إذا أتاك رسلي فأعطهم ثلاثين درعًا وثلاثين

= مضمونة ، فكانت مضمونة كما لو كانت مغصوبة . والثاني لا يضمنها لأنه مأذون في الاستعمال فلا يجب ضمانه كالمنافع . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٥٧/٥) . وقال الماوردي : اتفق الفقهاء على أن ما تلف من أجزائها بالاستعمال غير مضمون على المستعير . انظر روضة الطالبين (٤٣٢/٤) ، الحاوي الكبير (١١٨/٧) . أما متي يُضمن فهل هو يوم القبض أم يوم التلف أم أقصى القيمة عند من يرى الضمان ؟ وإن كانت مثلية يضمن مثلها يوم تلفها . قال النووي : وإذا ضمن ففي القيمة المعتبرة أوجه أصحها قيمته يوم التلف والثاني يوم القبض والثالث أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف ، وقال صاحب نهاية المحتاج : الأصح أن العارية تضمن يوم التلف متقومة كانت أم مثلية ، فالمذهب أنه يضمن بالقيمة إن كانت متقومة ، وبالمثل إن كانت مثلية . ولا تضمن العارية بأقصى القيمة ولا بيوم القبض خلافًا لمقابل الأصح ، وقال الغزالي : وما ينمحق من أجزائها بالاستعمال غير مضمون . روضة الطالبين (٤٣١/٤) ، مغني المحتاج (٢٧٤/٢) ، نهاية المحتاج (١٤١/٥) ، الوجيز (٢٠٤/١) ، السراج الوهاج على متن المنهاج ص٢٦٤ ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٣/١٤) .

(١) هو أبو بكر همام بن يحيى بن دينار الأسدي المحلي البصري ، روى عن عطاء بن أبي رباح وزيد بن أسلم وقتادة وغيرهم . وروى عنه الثوري وابن المبارك وابن مهدي ويزيد بن هارون ووكيع وغيرهم . كان أحد أركان الحديث ببلده . قال أحمد بن حنبل هو ثبت في كل مشايخه ، توفي سنة١٦٣هـ وقيل ١٦٤هـ . انظر : سير أعلام النبلاء (٢٩٦/٧) ، تهذيب التهذيب (٦٠/١١ - ٦٢) ، شذرات الذهب (٢٥٨/١) .

(٢) هو أبو محمد عطاء بن أبي رباح الجندي اليماني التابعي أحد الفقهاء والأئمة ، ولد باليمن ونشأ بمكة وحدث عن عائشة وأبي هريرة وابن عباس وشهد له بالفتيا ، وروى عنه الإمام أبو حنيفة والزهري وغيرهما ، وهو ثقة وعالم كثير الحديث ، توفي بمكة سنة ١١٤هـ وقيل سنة ١١٥هـ . انظر طبقات الحفاظ ص٣٩ ، طبقات فقهاء اليمن ص٥٨ ، تهذيب التهذيب (١٩٩/٧) ، البداية والنهاية (٣٤٣/٩) ، حلية الأولياء (٣١٠/٣) .

(٣) في (ص) : [صفوان بن علي] ، وفي (ع) : [صفوان بن فعلي] ، وفي (م) : [صفوان بن يعلى] . وهو الصواب كما أثبتناه وهو صفوان بن يعلى بن أمية التميمي ، تابعي مشهور ، روى عن أبيه وعن ابن أخيه محمد بن حيي بن يعلى وعطاء بن أبي رباح والزهري وغيرهم . وذكره ابن حبان في الثقات . انظر : تهذيب التهذيب (٣٧٩/٤) ، رجال صحيح البخاري (٣٦٢/١) ، تهذيب الكمال في أسماء الرجال (٢١٨/١٣) ، التاريخ الكبير للبخاري (٣٠٨/٤) ، الجرح والتعديل (٤٢٢/٤) ، الإصابة (٤٧١/٣) .

(٤) هو الصحابي يعلى بن أمية التميمي ، حليف قريش أسلم يوم الفتح ، استعمله أبو بكر على حلوان في الردة ، ثم عمل لعمر على بعض اليمن فحمي لنفسه حمي ، فعزله عمر . ثم عمل لعثمان على صنعاء اليمن ، وحج سنة قتل عثمان ، وخرج مع عائشة في واقعة الجمل ، ثم شهد صفين مع علي ، روى عن النبي ﷺ وعن عمر وعتبة بن أبي سفيان ، وروى عنه أولاده صفوان وعثمان ومحمد وعبد الرحمن وابن ابنه صفوان وعطاء ومجاهد وغيرهم . قال ابن سعد : شهد حنينًا والطائف واليرموك وغيرها قبل قتله في صفين . انظر الإصابة (٦٦٨/٣) ، أسد الغابة (٤٤٧/٤) .

بعيرًا ، قال : قلت يا رسول الله أعارية مضمونة أو عارية مؤداة ؟ قال ﷺ : بل مؤداة[١] . ذكره أبو داود[٢] .

١٥٩٨٩ - ويدل عليه حديث أبي أمامة[٣] قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ، لا تنفق المرأة من بيتها إلا بإذن زوجها ، فقيل يا رسول الله : ولا الطعام ، قال : ذلك أفضل أموالنا ثم قال : العارية مؤداة[٤] والمنحة[٥] مردودة ، الدَّيْن مقضي والزعيم غارم[٦] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه : كتاب البيوع ، باب تضمين العارية بنفس الإسناد (٢٩٧/٣) وأخرجه النسائي في سننه (٤٠٩/٣) ، رقم ٥٧٧٦ ، وقال ابن حزم الأندلسي في كتابه المحلى : هذا حديث حسن ليس شيء مما روي في العارية خبر يصح غيره ، وأما ما سواه فلا يساوي الاشتغال به . وقد فرق فيه بين الضمان والأداء وأوجب في العارية الأداء فقط دون الضمان فبطل كل ما تعلقوا به من النصوص . انظر المحلى (١٧٣/٩) .

(٢) هو الأمام أبو داود سليمان الجارود بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأسدي السجستاني محدث حافظ فقيه ، رحل وطاف وجمع وصنف وخرج وسمع من مشايخ الشام ومصر والجزيرة والعراق وخراسان ، ولد سنة ٢٠٢هـ ، وهو من كبار أصحاب أحمد بن حنبل ، وكان مشهورًا بالورع . من مصنفاته كتاب السنن والناسخ والمنسوخ والقدر والمراسيل وغيرها ، توفي بالبصرة في ١٤ شوال سنة ٢٧٠ هـ . انظر طبقات الحنابلة (١٥٩/١) ، العبر (٥٤/٢) ، البداية والنهاية (٦٢/١١) ، تذكرة الحفاظ ص٢٦١ ، سير أعلام النبلاء (٤٥/٩ - ٥٣) .

(٣) هو أبو أمامة الباهلي صدي بن عجلان بن وهب سكن مصر وارتحل عنها إلى حمص ومكث بها وكان من المكثرين في الرواية عن رسول الله ﷺ ، مات سنة ٨٦هـ بحمص وقيل سنة ٨١هـ ، قيل إنه آخر من مات من الصحابه بالشام وله في الصحيحين ٢٥٠ حديثًا ، روى عن النبي ﷺ وعمر وعثمان وعلي ، وروى عنه شرحبيل بن مسلم وآخرون ، وهو ممن بايع رسول الله ﷺ تحت الشجرة . انظر الاستيعاب (١٦٠٢/٤) ، الإصابة (١٨٢/٢) ، سير أعلام النبلاء (٣٥٩/٣) ، تهذيب الأسماء واللغات (١٦٧/٢) .

(٤) هي التي تجب تأديتها مع بقاء عينها فإن تلفت لم تضمن بالقيمة . انظر سبل السلام للصنعاني ٦٩/٣ .

(٥) بمعنى أن يمنح الرجل أخاه ناقة أو شاة يحلبها زمانًا ثم يردها . وقال النسفي : المنحة ما يعطى ليتناول ما يتولد منه كالثمر واللبن ونحو ذلك ثم يرد الأصل . وقال الشافعي : هي أن يدفع رجل ناقته أو شاته لرجل ليحلبها ثم يردها فيكون اللبن ممنوحًا ولا ينتفع فيها بغير اللبن . انظر طلبة الطلبة ص٢٣٥ ، شرح السنة للبغوي (٢٢٦/٨) ، الحاوي (١١٧/٧) ، المصباح المنير (٧٠٨/٢) ، المغرب للمطرزي ص٤٣٤ .

(٦) أخرجه أبو داود في سننه من طريق إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم في كتاب البيوع ، باب تضمين العارية (٢٩٧/٣) ، رقم ٣٥٦٥ ، الترمذي في الجامع الصحيح (٢٦٨/٢) رقم ١٢٨٥ النسائي في سننه (٤١١/٣) ، رقم ٥٧٨٢ ، وابن ماجه في سننه (٨٠١/٢ ، ٨٠٢) ، رقم ٢٣٩٨ الدارقطني في سننه (٤٠/٣ ، ٤١) ، رقم ١٦٦ ، البيهقي في السنن الكبرى بنفس السند ، باب العارية مؤداة (٨٨/٦) ، ابن حبان في صحيحه (٢٧٧/٧) من طريق حاتم . وقال : « حديث حسن » وعن أبي أمامة ، في باب ما جاء أن العارية مؤداة ، والإمام أحمد في مسنده (٢٦٧/٥) .

١٥٩٩٠ - فوصف العارية بأنها مؤداة [ولا فرق بينها وبين الزعامة المقتضية الغرم فهذا المنع تعلق الغرم بها ، ثم وصفها بأنها مؤداة] [١] وهذا مقيد ، لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ [٢] .

١٥٩٩١ - وقد ذكر أصحاب الشافعي في هذا الخبر والعارية مضمونة [٣] . وهذا لا أصل له [٤] ، وقد ذُكر الخبر علي ما ذكره أبو داود والدارقطني [٥] .

١٥٩٩٢ - ويدل عليه حديث عمرو بن شعيب [٦] عن أبيه [٧] عن جده [٨] أن النبي ﷺ قال : « ليس علي المستعير غير المغل ضمان ، ولا علي المودَع غير المغل ضمان » [٩] ،

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) من سورة النساء : الآية رقم (٥٨) . (٣) انظر الحاوي الكبير (١٢٠/٧) .

(٤) قوله : [وهذا لا أصل له] محل نظر ، روي عن يزيد بن هارون عن شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه أن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعًا يوم حنين فقال : أغصبًا يا محمد ؟ فقال : لا بل عارية مضمونة . انظر سنن أبي داود باب تضمين العارية رقم (٣٥٦٢ ، ٢٩٦/٣) فهذا هو الأصل في ذلك .

(٥) هو أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي البغدادي الشافعي المعروف بالدارقطني نسبة إلى دار قطن محلة كبرى ببغداد . قال الخطيب البغدادي : كان فريد عصره في علوم الحديث وعالمًا بعلوم أخرى ، وهو إمام كبير ومحدث وحافظ وفقيه ، له تصانيف كثيرة : منها : السنن والعلل الواردة في أحاديث نبوية والمجتبى من السنن والمأثور ما زال مخطوطًا والمؤتلف والمختلف والضعفاء وغيرها . ولد سنة ٣٠٦ بدار قطن ورحل إلى مصر وتوفي ببغداد سنة ٣٨٥هـ . انظر البداية والنهاية (٣١٧/١١) ، تذكرة الحفاظ (١٨٦/٣) ، تاريخ بغداد (٣٤/١٢) ، الأعلام (٣١٤/٤) ، الكامل في التاريخ (١٧٤/٧) ، العبر (١٦٧/٢) ، شذرات الذهب (١١٦/٣) ، النجوم الزاهرة (١٧٢/٤) ، مفتاح السعادة (١٤/٢) .

(٦) هو أبو إبراهيم عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص القرشي . وروي عن أبيه وهو شعيب وجل رواياته عنه وعمته زينب وسعيد بن المسيب وطاووس وعروة بن الزبير وغيرهم ، وروى عنه عطاء وعمرو بن دينار وهما أكبر منه والزهري وقتادة ومكحول والأوزعي وغيرهم . قال يحيى بن معين وإسحاق بن راهويه : إنه ثقة ، وتوقف فيه بعضهم ، والراجح أنه حسن الحديث ، توفي بالطائف سنة ١١٨هـ . انظر تهذيب الكمال (٦٤/٢٢) ، سير أعلام النبلاء (١٦٥/٥) ، العبر (٢١٠/١) ، شذرات الذهب (٢٥٥/١) ، تهذيب الكمال (٥٣٤/١٢) ، تهذيب التهذيب (٣١١/٤) .

(٧) هو شعيب بن محمد روى عن جده وأبيه وابن عباس وابن عمر ومعاوية . وذكر البخاري وأبو داود أنه سمع من جده .

(٨) هو محمد بن عبد الله ، روى عن أبيه ، وروى عنه ابنه شعيب وحكم بن الحارث ، وتوفي في حياة أبيه . انظر تهذيب التهذيب (٢٣٧/٤ - ٢٣٨) ، تهذيب الكمال (٥١٤/٢٥) .

(٩) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩١/٦) عن محمد بن عبد الله بن المناوي عن يونس بن محمد عن =

وقد اعترض الدارقطني هذا الحديث فقال : رواه عمر بن عبد الجبار (١) عن عبيدة بن حسان (٢) عن عمرو بن شعيب ، وعمرو وعبيدة ضعيفان (٣) . وهذا ليس بصحيح لأن البخاري (٤) ذكر في تاريخه : عبيدة بن حسان السنجاري الجزري وذكر من روى عنه ، لم يذكره بضعف ولا طعن (٥) ، والبخاري لا يكاد يسلم عليه أحد (٦) .

= محمد بن سلمة عن أيوب وقتادة وحبيب ويونس عن ابن سيرين أن شريحًا قال : ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ورواه عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ ، قال البيهقي : عمرو وعبيدة ضعيفان وإنما يروي عن شريح غير مرفوع . وانظر أيضًا مصنف ابن أبي شيبة (١٧٨/٨) ، مصنف عبد الرزاق (١٧٨/٨) باب العارية ، سبل السلام (٦٧/٣) .

(١) هو عمرو بن عبد الجبار السنجاري ، قال ابن عدي : روى عن عمه مناكير يكنى أبا معاوية وروى عن عبيدة بن حسان عمه ، وعن قتادة . وقال ابن عدي أحاديثه كلها غير محفوظة . انظر لسان الميزان (٣٦٨/٤) ، ميزان الاعتدال (٢٧١/٣) ، الكامل في ضعفاء الرجال للإمام الحافظ أبي أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني (١٤١/٥) طبع دار الفكر .

(٢) هو عبيدة بن حسان العنبري السنجاري . قال أبو حاتم : هو منكر الحديث وقال ابن حبان يروي الموضوعات عن الثقات . وقال الدارقطني : ضعيف ، روى عنه خالد بن حبان الرقي ، وابن أخيه عمرو بن عبد الجبار . انظر لسان الميزان (١٢٥/٤) ، التاريخ الكبير (٨٦/٥) .

(٣) انظر سنن الدارقطني (٤١/٣) ، ونقل هذا الاعتراض البيهقي في كتابه السنن الكبرى (٩١/٦) .

(٤) هو الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بَرْدِزْبَه البخاري . ولد يوم الجمعة في شوال سنة ١٩٤هـ وسمع من مكي بن إبراهيم وأبي عاصم النبيل وأحمد بن حنبل وخلق كثير ، كان من أوعية العلم يتوقد ذكاء . رحل في طلب العلم إلى سائر محدثي الأمصار وكتب بخراسان ومدن العراق والحجاز ومصر . قال : كتبت عن ألف نفر من العلماء وزيادة ولم أكتب إلا عمن قال : الإيمان قول وعمل . من مصنفاته الجامع الصحيح صنفه في ١٦ سنة وخرجه فيما يقال من ستمائة ألف حديث والتاريخ الكبير والصغير والأوسط وكتاب الأسماء والكنى وكتاب الضعفاء وكتاب السنن في الفقه وكتاب الأدب وكتاب خلق أفعال العباد وكتاب القراءة خلف الإمام وغيرها . أجمع الناس على صحة كتابه واعترفوا بفضله وشهدوا له بانفراده في علم الرواية والدراية . توفي في ليلة السبت عند صلاة العشاء ليلة عيد الفطر ودفن يوم الفطر سنة ٢٥٦هـ. انظر تهذيب الأسماء واللغات (٦٧/١ - ٧١) ، شذرات الذهب (١٣٥/٢) ، مرآة الجنان (١٦٧/٢) ، العبر (٣٦٨/١) ، الفهرست لابن النديم ص٣٢١ ، ٣٢٢ .

(٥) فقد ذكر الإمام البخاري في كتابه التاريخ الكبير القسم الثاني من الجزء الثالث المجلد الخامس ص٨٦ أن عبيدة بن حسان السنجاري الجزري روى عن محمد بن سلمة عن عبيدة بن حسان عن أبي جوزاء وحفص بن أبي صفية وروى ابن حبان عن عبيدة بن حسان عن عبد الله بن كرز عن نافع وقال ابن أبي حاتم : روى عن ابن أبي أيوب الأنصاري ، وروى عنه خالد بن حبان ومحمد بن سلمة .

(٦) والمعنى أنه إذا كان الإمام البخاري لم يتعرض له بضعف ولا طعن مع شدته في اعتبار الرواة فلا مجال للاعتراض عليه .

١٥٩٩٣ - وقال الدارقطني أيضًا إن هذا الخبر عن شريح [١] ورواه بإسناده عنه ، وهذا ليس بطعن ، لأن شريحًا إذا أفتى بما أفتى به رسول الله ﷺ لم يقدح ذلك في رواية من روى . قوله : غير المغل [٢] هو الآخذ لغلته والقابض لفائدته .

١٥٩٩٤ - قالوا : والخائن هو غال يقال : غَلّ / يَغُلّ غُلولاً إذا خان . فأما الغلّ فهو من الغلة يقال : خراج يغل فلو أراد الخيانة لقال : على المستعير غير الغال ضمان ، والدليل على أن أغل يغل من الغلة قول زهير [٣] : ١٨٣/أ

فتُغْلِلْ لكم ما لا يُغَلُّ لأهلها قرى بالعِراق من قَفِيزٍ ودِرْهَم [٤]

١٥٩٩٥ - قالوا : وإذا ثبت أن المستغل استعملناه في موضوعين : أحدهما : قبل قبض العارية فلأنه لا ضمان عليه . والثاني : إذا كان عنده وديعة ، فقال له السيد : متى اخترت أن تستخدمه عارية فافعل ، فما لم يستخدمه فهو أمانة ووديعة ، فإذا استعمله كان عارية مضمونة فههنا لا ضمان عليه قبل الاستعمال ، فإذا استعمله ضمنه .

١٥٩٩٦ - والجواب : أن المغل هو الخائن .

١٥٩٩٧ - قال النمر بن تولب [٥] :

---

(١) هو القاضي أبو أمية شريح بن قيس بن الجهم بن معاوية بن عامر الكندي الكوفي . كان من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن وقال ابن معين : كان في زمن النبي ﷺ ولم يسمع منه ، وأن عمر بن الخطاب ولاه قضاء الكوفة وكان قاضيًا في زمن عثمان وعلي ومعاوية ستين سنة إلى أيام الحجاج فاستعفي عنه . وتوفي بالكوفة وله ١٢١ سنة في عام ٧٨هـ وقد كان فقيهًا وشاعرًا . انظر البداية والنهاية (٢٢/٩ - ٢٦) سير أعلام النبلاء (١٠٠/٤ - ١٠٦) ، تهذيب التهذيب (٢٨٧/٤ ، ٢٨٨) ، طبقات الحفاظ للسيوطي ص٢٠ ، العبر (٦٦/١) ، الإصابة (٣٣٥/٣) .

(٢) المُغل بضم الميم فغين معجمة : المستغل وأراد به القابض ، لأنه يكون بالقبض مستغلاً ، والثاني إذا لم يجن في العارية والوديعة فلا ضمان عليه ، من الإغلال وهو الخيانة . انظر سبل السلام (٨٩٨/٣ ، ٨٩٩) .

(٣) هو زهير بن أبي سلمى ربيع بن رباح المزني شاعر جاهلي ، كان أحد الثلاثة المقدمين على سائر الشعراء وإن اختلف في تقديم أحدهم على الآخرين ، وهو أمرؤ القيس والنابغة الذبياني وزهير . ولد في بلاد مزنية بضواحي المدينة . توفي سنة ٦٠٩ م . انظر معجم المؤلفين لعمر كحاله (١٨٦/٢) ومقدمة ديوانه .

(٤) قال زهير بن أبي سلمى في معلقته يمدح هرم بن سنان والحارث بن عوف ويحذر القبيلتين من الحرب .

فتغلل لكم مالا يُغَلُّ لأهلها قري بالعراق من قفيز ودرهم

انظر ديوان زهير بن أبي سلمى ص٨٣ ، ط دار صادر بيروت ، كتاب شعر زهير بن أبي سلمى تحقيق د . فخر الدين قباوة ص١٩ ، ط بيروت ، وشرح شعر زهير بن أبي سلمى تحقيق د . فخر الدين قباوة ط بيروت ص٢٨ .

(٥) هو الصحابي النمر بن تولب بن زهير العكلي ، قال الأصمعي : هو من المخضرمين الذين أدركوا =

جَزَى اللهُ عَنّيَ عمرةَ بنَ نوفلٍ جـزاءَ مُغِلٍّ بالأمانة كـاذبِ
بما حدثت عني الوشاة ليكذبوا عليّ وقد أوليتها في النوائب

١٥٩٩٨ - وقال النبي ﷺ : « لا إغلال [1] في الغنيمة » [2] .

١٥٩٩٩ - وقال أبو عبيد [3] يعنى الخيانة [4] .

١٦٠٠٠ - وقولهم : مغل معناه مستغل ، لا يصح ، لأن مفعل لا يستعمل مستفعل إلا في موضع المنقول عن أهل اللغة . وقول زهير : فتغلل لكم مالا يغل لأهلها ، إنما قال ، القرى تغل ، وهي مغلة ، ولم يقل إن أهلها مُغِلُّونَ .

١٦٠٠١ - ولو سلمنا ما قالوا كانت الحجة قائمة ، لأنه يفضي إلى أن العارية غير مضمونة ما لم يستغلها ، والاستغلال ليس هو الاستعمال وإنما هو الإجارة ، وإن كان الاستعمال استغلالا اقتضى ألا [يضمنها قبل الاستعمال وعندهم يضمنها [5] .

= الجاهلية والإسلام ، كان أبو عمرو بن العلاء يسميه الكيس لجودة شعره وكان شاعر الرباب في الجاهلية لا مدح أحدًا ولا هجا . أدرك الإسلام وهو كبير ، وكان فصيحًا عمر طويلًا . انظر الإصابة (٤٦٩/٦) ، أسد الغابة (٣٥٧/٥ - ٣٥٩) ، تهذيب التهذيب (٤٢٢/١٠ ، ٤٢٣/) .

(١) في (ص) : [لا اغتلال] وفي (م) : [لا غلالة] وفي (ع) : [لا عتلال] والصواب ما أثبتناه كما في كتب الحديث .

(٢) انظر المعجم الكبير (١٨/١٧) عن إبراهيم بن دحيم الدمشقي قال : حدثنا أبي حدثنا مروان بن معاوية عن كثير بن عبد الله عن أبي عن جده أن النبي ﷺ قال : « لا إسلال ولا إغلال ومن يغلل يأت بما غل يوم القيامة » . وانظر أيضًا كنز العمال (٣٨٨/٤) رقم ١١٠٥٣ . والغنيمة لغة الفوز بالشيء من غير مشقة ، قال الأزهري : الغنيمة ما أوجف عليه المسلمون بخيلهم وركابهم من أموال المشركين ، يقال : غنم غنمًا وغنيمة . والغنيمة والمغنم اسمان للمال المأخوذ من مال الكفار . وفي الاصطلاح : اسم لما يؤخذ من أموال الكفار على وجه القهر والغلبة . انظر لسان العرب (٣٣٠٧/٥) ، طلبة الطلبة ص١٨٨ ، الاختيار (٣٢٢/٣) .

(٣) هو أبو عبيد القاسم بن سلام الهروي ، ولد بمدينة هراة غرب أفغانستان حاليًا سنة ١٥٤هـ وتعلم فيها . سمع من سفيان بن عيينة ، وعبد الله بن مبارك ، وغيرهما ثم سافر إلى العراق ، ولي قضاء طرطوس وعمره ثماني عشرة سنة ، ثم سافر إلى مكة المكرمة سنة ٢١٤هـ ، وتوفي بها سنة ٢٢٤هـ وهو بحج ، كان إمامًا عابدًا عالمًا بالفقه واللغة والحديث وله كتاب الأموال والغريب ، وغريب الحديث وهو أول من ألف في غريب الحديث ، يقول ابن النديم : إن عدد مؤلفاته يبلغ إلى ٧١ كتابًا . انظر سير أعلام النبلاء (٤٩٠/١٠) ، التاريخ الكبير (١٩٢/٧) ، البداية والنهاية (٢٩١/١٠ ، ٢٩٢) ، النجوم الزاهرة (٢٤١/٢) ، شذرات الذهب (٥٤/٢ ، ٥٥) ، الفهرست ص٧٨ ، الأعلام (١٠/٦) ، تاريخ بغداد (٤٠٣/١٢ - ٤١٦) ، طبقات ابن سعد (٣٥٥/٧) ، صفوة الصفوة (١٣٠/٤) .

(٤) نقل ابن منظور عن أبي عبيد الإغلال بمعنى الخيانة . انظر لسان العرب (٣٢٨٦/٥) .

(٥) عند الشافعية لو هلك قبل الاستعمال يضمن المستعير المعار للمعير ولا فرق عندهم قبل الاستعمال أو بعده =

١٦٠٠٢ - ولأن ما ذكروه ليس بعارية ؛ لأنها لا] [1] تصير عارية قبل القبض ، ولأن مغلًا صفة للمعير لا للمستعير ، يقال أرض مغلة . ولا يقال رجل مغل للدار .

١٦٠٠٣ - [قالوا] [2] : حَمَله [3] على نفي الضمان ، وإنما أراد ضمان المعير ، ولأن الأجزاء عندهم مضمونة مع الأصل ، إلا أن ضمانها سقط بالاستعمال [4] .

١٦٠٠٤ - قالوا معناه : أنه لا يجب عليه ضمان منافعها ، وهو أجرة المثل ، إلا أن يكون قد خان فيها واستعملها فيما لم يؤذن فيه ، فيلزمه أجرة مثلها .

١٦٠٠٥ - [قلنا] [5] ظاهر الخبر يقتضي نفي ضمان الأجرة والعين ، وحمله على ضمان الأجرة تخصيص [6] .

١٦٠٠٦ - ولأنه إذا أجر ولم يستعمل ضمن فيه لظهور الخيانة أيضًا بالاستعمال فيما لم يؤذن فيه . ولأنها عين أخذها دون مالكها لا علي وجه التمليك والوثيقة فلا تكون مضمونة له ؛ أصله الوديعة .

١٦٠٠٧ - وإن شئت ذكرت عبارة أصحابنا فقلت : لا علي وجه البدل والوثيقة . ولا يلزم الهبة الفاسدة ؛ لأنه يقبضها على وجه التمليك . وعلى العبارة الثانية يقبضها بإذن من كان مالكها ، ولا يلزم المقبوض بالسوم [7] لأنه مأخوذ على وجه التمليك ،

= بل تمامها بالقبض . انظر نهاية المحتاج (١٢٦/٥) ، الحاوي الكبير (١١٨/٧) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٣/١٤) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

(٣) الظاهر في جميع النسخ علمه أو حلمه والصواب ما أثبتناه لما يقتضيه السياق .

(٤) انظر الحاوي الكبير (١١٨/٧) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٣/١٤) ، وعبارته « وتصير الأجزاء تابعة للعين إن سقط ضمانها بالرد سقط ضمان الأجزاء . وإن وجب ضمانها بالتلف وجب ضمان الأجزاء » وقال الرملي في نهاية المحتاج (١٢٧/٥) ، الأصح أن المستعير لا يضمن ما ينمحق أي يتلف من ثوب أو ينسحق أي ينقص باستعمالٍ مأذون فيه لحدوثه بإذن المالك ، والثاني يضمن مطلقًا ، والثالث يضمن المنمحق دون المنسحق .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ .

(٦) التخصيص من غير مخصص لا يجوز كما قاله علماء الأصول .

(٧) يقال سام البائع السلعة سومًا من باب عرض للبيع وسامها المشتري واستامها طلب بيعها ، ومنه حديث رسول الله ﷺ : لا يساوم الرجل على سوم أخيه . أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٢٠/٦) والبيهقي في السنن الكبرى في كتاب الإجارة (١٢٠/٦) ، مسند أبي حنيفة ص١٦١ ، والمساومة بين الاثنين أن يعرض البائع السلعة بثمن ويطلبه صاحبه دون الأول فإن المقبوض بسوم الشراء مضمون بالعقد . انظر المصباح المنير =

وعلى العبارة الثانية هو مأخوذ على وجه البدل ، وإن شئت أسقطت من العلة ذكر الوثيقة وقلت : الرهن ليس بمضمون . وإنما يسقط الدين بهلاكه على قول أبي الحسن وأبي طاهر [١] .

١٦٠٠٨ - فإن قيل : على العبارة الثانية إن أردتم بقولكم قبضها لا على وجه البدل بدلاً مشروطًا بطل بالقرض ، وإن أردتم بدلًا من طريق الحكم لم نسلم ذلك في العارة . لأنها عندنا مضمونة يرد عينها أو قيمتها إذا تلفت .

١٦٠٠٩ - قلنا [٢] : يريد أن الأخذ لم يقع لتحصيل البدل .

١٦٠١٠ - فإن قيل : ينتقض بمن دفع إلى رجل ألفًا على أن نصفه هبة ونصفه مضاربة [٣] فهلك ذلك ، فإن الموهوب له لا يضمن نصف الألف الذي هو الهبة . ذكر هذا محمد في أصل المضاربة [٤] .

١٦٠١١ - قلنا : لا يلزم ، لأنا قلنا : عين قبضها ، والمقبوض مشاع فليس بعين ، وإن شئت أن تحترز بلفظ آخر قلت عين قبضها بإذن مالكها قبضًا صحيحًا . ولا يلزم الراهن إذا أعار الرهن فأخذه المستعير بغير إذن المرتهن ، لأنا قلنا : فلا تكون مضمونة [٥] وههنا يضمنها للمرتهن لا للمالك .

= (٢٩٧/١) ، لسان العرب (٢١٥٨/٣) ، طلبة الطلبة ص٢٦١ ، البناية على الهداية (١٧٧/٩) .

(١) في (ع) ، (م) أبي الظاهر وفي (ص) أبي طاهر وهو الشيخ أبو طاهر محمد بن محمد بن سفيان الدباس الفقيه الحنفي ، قال ابن النجار : هو إمام أهل الرأي بالعراق . كان إمام الحنفية بالعراق ، وكان أكثر أخذه عن القاضي أبي حازم ، كان من أهل السنة والجماعة صحيح المعتقد ، تخرج على يده جماعة من الأئمة . ولي القضاء بالشام وتوفي بمكة في القرن الرابع الهجري . هو من أقران أبي الحسن الكرخي يوصف بالحفظ ومعرفة الروايات . انظر الجواهر المضية (٣٢٣/٣ ، ٣٢٤) ، الفوائد البهية ص١٨٧ ، طبقات الفقهاء للشيرازي ص١٤٢ . وانظر المسألة الفقهية في البناية على الهداية (٦٥٣/٩) ، تكملة فتح القدير (١٤١/١٠) .

(٢) في جميع النسخ قالوا .

(٣) ويقال لها القراض أيضًا والمضاربة لغة أهل العراق والقراض لغة أهل الحجاز أصلها من القراض في الأرض وهو قطعها بالسير فيها . والمضاربة في الاصطلاح هي عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ، ومراده الشركة بالربح . انظر الهداية (٢٠٢/٣) ، لسان العرب (٣٥٨٩/٥) ، طلبة الطلبة ص٣٠١ .

(٤) انظر الجامع الصغير ص٤٢٧ ، ط عالم الكتب .

(٥) إذا أعار الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فإن هلك الرهن يضمن الراهن عند الحنفية . قال صاحب الاختيار : « فإن أودعه أو تصرف فيه ببيع أو إجارة أو إعارة أو رهن ونحوه ضمنه بجميع قيمته » . انظر الاختيار لتعليل المختار (٨٣/٢) .

١٦٠١٢ - فإن قيل : المعنى في الوديعة أنها غير مضمونة الرد ، وليس كذلك العارية ؛ لأنها مضمونة الرد فكانت مضمونة العين [١] .

١٦٠١٣ - قلنا : ضمان الرد والعين قد ينفرد أحدهما عن الآخر ، بدلالة أن المبيع مضمون في يد المشتري ولو تفاسخا كان مضمونًا ، ورده ليس بمضمون ؛ لأن أجرة النقل على البائع والمبيع مضمون على البائع ، وأجرة المثل تنتقل إلى يد المشتري فيلزمه المشتري ، ومن غصب صبيًّا حرًّا فهو غير مضمون عندهم [٢] ورده مضمون . والحربي إذا غلب على أموالنا ملكها عندهم ، وإن هلكت لم يضمنها ، وردها مضمون عليه [٣] .

١٦٠١٤ - قالوا : الوديعة أخذها لمنفعة صاحبها ، والعارية أخذها لمنفعة نفسه [٤] .

١٦٠١٥ - قلنا : الوصي له بالخدمة أخذ العين لمنفعة نفسه ولا يضمنها .

١٦٠١٦ - ولأن الشافعي وافقنا أن أجزاء العارية إذا أتلفت بالاستعمال لم يضمنها [٥] .

١٦٠١٧ - ولنا من ذلك طرق في الاستدلال :

١٦٠١٨ - أحدها : أن كل عين لا يضمنها بالإتلاف لا يضمنها إذا تلفت . أصله : ملكه والعين الموصى بمنفعتها له ، والعين المستأجرة .

١٦٠١٩ - ولأنه مأخوذ على وجه العارية فلا يكون مضمونًا . أصله : الأجزاء إذا أتلفها .

---

(١) الحاوي الكبير (١١٩/٧) ، وعبارة الماوردي : « ولأنه مضمون الرد فوجب أن يكون مضمون العين كالغصب » .

(٢) قال الماوردي : إذا غصب حرًّا صغيرًا فمات في يده حتف أنفه أو لسعته حية فلا ضمان عليه . انظر الحاوي الكبير (١٤٥/٧) .

(٣) قال الماوردي : إذا أحرز المشركون أموال المسلمين بغارة أو سرقة لم يملكوها ، سواء أدخلوها دار الحرب أم لم يدخلوها ، فإن باعوها على مسلم كان صاحبه أحق به من مشتريه بغير ثمن وإن غنمها المسلمون استرجعه صاحبه بغير بدل سواء قبل القسمة وبعدها . انظر الحاوي الكبير (٢١٦/١٤) .

(٤) انظر الحاوي (١١٩/٧) ، فقد جاء فيه « أن تعجيل النفع للمودع والمؤجر لما يتعجله من استحقاق الأجرة وفي العارية للمستعير » .

(٥) انظر الحاوي الكبير (١١٨/٧) ، قال الماوردي : « قد اتفق الفقهاء على أن ما تلف من أجزائها بالاستعمال غير مضمون على المستعير » .

١٦٠٢٠ - ولا يلزم إذا كانت لغير المعير ؛ لأن العين والأجزاء تتساوى في الضمان ، ولأن الإتلاف له من التأثير في الضمان ما ليس للتلف ، بدلالة أن الوديعة لم تضمن بالتلف وتضمن بالإتلاف [١] ثم لو أتلف الأجزاء بالاستعمال لم يضمنها ، فإذا تلفت أولى أن لا يضمنها .

١٦٠٢١ - فإن قيل الأجزاء مضمونة عندنا وإنما سقط ضمانها ، لأن المالك [أذن] [٢] في إتلافها [٣] .

١٦٠٢٢ - قلنا : إذا كان الإذن في الإتلاف يسقط الضمان [فالإذن في القبض لا على وجه التمليك ، والوثيقة يجب أن يُسقط الضمان] [٤] أيضًا .

١٦٠٢٣ - فإن قيل : لا يمتنع أن يختلف الضمان بالأجزاء والجملة ، كما أن المبيع في يد البائع جملته مضمون يسقط الثمن بتلفها ، وأجزاؤه غير مضمونة لا يسقط بتلفها شيء .

١٦٠٢٤ - قلنا : هذا لا يلزم على لفظ علتنا . والفرق بينهما أن المبيع ضمن بالعقد فلم يضمن إلا ما يصح أن ينفرد بالعقد والأجزاء لا تنفرد بالمبيع فلا تنفرد بضمانه .

١٦٠٢٥ - وأما العارية فضمانها عندهم يتعلق بالقبض ، ويمكن إفراد الأجزاء بالقبض ، فيمكن إفرادها بضمانه كالغصب .

١٦٠٢٦ - فإن قيل : الرهن مضمون ، وما زاد على مقدار الدين غير مضمون ، فقد خالفت الأجزاء الجملة .

١٦٠٢٧ - قلنا : غلط ، مقدار الدين من الرهن مضمون الجملة والأجزاء ، ومقدار الزيادة على الدين غير مضمون الأصل ، والأجزاء فتساويا . و [لأنها عين أخذها ثمن عقد على منفعة فلم تكن مضمونة كالإجارة] [٥] .

---

(١) اتفق الفقهاء على أن الوديعة أمانة عند المستودع ، ولا يضمنها إن تلفت . ولكن إن تعدى عليها وأتلفها فإنها مضمونة عليه . انظر الهداية (٢١٥/٣) ، الاختيار (٢٦٩/٢) ، بداية المجتهد (٣١٠/٢) ، نهاية المحتاج (١١٢/٥) ، التكملة الثانية للمجموع (١٧٧/١٤) ، شرح منتهى الإرادات (٣٥٢/٢) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٣) انظر روضة الطالبين (٣٤٢/٤) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . والإجارة في الاصطلاح : عقد على المنافع بعوض . انظر الهداية (٢٣١/٣) ، طلبة الطلبة ص٢٦١ .

١٦٠٢٨ - ولأنها عين أخذها ليستوفي منفعتها [من غير تعد فأشبه الموصي بخدمته ولأنها عين أخذها ليستوفي منفعتها] (١) وردها كالمستأجرة .

١٦٠٢٩ - ولأن العقد إذا كان ببدل فهو داخل في الضمان ، كالعقد إذا كان بغير بدل . ألا ترى أن تمليك الرقبة ببدل يقتضي ضمانها على المشتري كالبيع ، والتمليك بغير عوض لا يضمن قيمة الرقبة كالهبة .

١٦٠٣٠ - ثم اتفقنا على أن العقد على المنفعة ببدل لا يضمن العين مستوفى المنفعة فلأن لا يضمن في العقد على المنفعة بغير عوض أولى .

١٦٠٣١ - فإن قيل : المبيع ملك المشتري فكيف يكون مضمونًا عليه ؟ .

١٦٠٣٢ - قلنا : لو تفاسخا البيع كان المبيع مضمونًا على المشترى ، ولو تفاسخا الهبة لم تكن العين مضمونة على الموهوب ، وهذا يبين أن أحد القبض مضمون والآخر بخلافه .

١٦٠٣٣ - قالوا : المستأجر لو ضمن رجع بالضمان على المؤجر فلا فائدة في تضمينه ، والمستعير لا يرجع بما يلحقه من الضمان على المعير ، فلذلك لزمه الضمان (٢) .

١٦٠٣٤ - قلنا : الموصى له لا يرجع بما يلحقه من الضمان على الموصي ، ولا في ماله . ومع ذلك لا يلزم الضمان . ولأن ولد المرهونة وولد المبيعة كل واحد منهما غير مضمون على ما حدث في يده . وإن كان المشتري يرجع بقيمة الولد عند الاستحقاق وإذا كان منه والموهوب لا يرجع ، فعُلم أن الرجوع وعدم الرجوع لا يدل على إيجاب الضمان ولا نفيه ، لكن المشتري يرجع بما يلزمه من قيمة الولد . لأن البائع يستحق بدلًا على المشتري بإزاء ملكه فصار غارًا له بذلك ، فلا يرجع بما يلحقه من الضمان ، والمعير ملكه المنافع متبرعًا بها فلم يصر غارًا له بذلك فلا يرجع بما لحقه من الضمان ، وطريقة أخرى في المسألة : وهو أن المستأجر إذا أعار ما استأجره من إنسان لم يخلُ أن يضمن المستعير أو لا يضمن .

١٦٠٣٥ - فإن قالوا : لا يضمن .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) انظر الحاوي الكبير (١١٩/٧) ، ففيه [ولأن الغاصب لو أعار كان المستعير منه ضامنًا ولو أودع كان المستودع منه غير ضامن ، لأن المستودع لو أغرم رجع على الغاصب والمستعير إذا أغرم لم يرجع على الغاصب وكذلك إذا كان مقبوضًا من المالك] .

١٦٠٣٦ – قلنا : إعارة غير المالك إذا أسقطت الضمان فإعارة المالك أولى أن تسقط الضمان .

١٦٠٣٧ – فإن قالوا : إن المستعير يضمن .

١٦٠٣٨ – [قلنا] [١] : لم يصح ، لأن المستعير من المستأجر يملك الشيء بحكم الإجارة ، بدليل أن المؤجر يستحق الأجرة بإمساكه ، ويستحيل أن يكون الشيء في يد الإنسان بحكم الإجارة من المالك ويكون مضمونًا عليه .

١٦٠٣٩ – احتجوا : بما روي ابن أبي مُليكة [٢] عن أمية بن صفوان [٣] عن أبيه [٤] أن النبي ﷺ استعار منه درعًا فقال : أغصبًا يا محمد ؟ قال : بل عارية مضمونة مؤداة [٥] .

١٦٠٤٠ – وصفوان كان كافرًا جاهلًا بالأحكام ، فبين له ﷺ أنها ليست غصبًا ، وإنما هي عارية ، ولم يكن له حكم العارية في شريعته فدل / أن من حكم العارية الضمان [٦] .

١٦٠٤١ – الجواب : أن أمية بن صفوان هو أمية بن صفوان بن عبد الله بن صفوان

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٢) هو عبد الله بن عبيد الله بن أبي مُلكية أبو بكر التيمي المكي تابعي ثقة كثير الحديث ، روى عن العبادلة الأربعة وعائشة وأم سلمة وغيرهم ، وروى عنه ابنه يحيى والليث وعطاء بن أبي رباح وعبد العزيز بن رفيع وغيرهم ، كان إمام الحرم ومؤذنًا فيه ، وولاه عبد الله بن الزبير قضاء الطائف ، توفي سنة ١١٧هـ . انظر تهذيب التهذيب (٢٦٨/٥) ، شذرات الذهب (١٥٣/١) ، الأعلام (١٢٣٦/٤) .

(٣) هو أمية بن صفوان بن أمية بن خلف بن وهب القرشي الجمحي ، وأمه أيضا جمحية من ولد جمح بن عمر يكنى بأبي وهب ، وكان زوج الدرداء بنت أبي الدرداء ، روى عنها وعن جده أبي الدرداء وعلي وسعد وروى عنه الزهري وعمرو بن دينار وغيرهما . انظر تهذيب التهذيب (٣٤٣/١) ، الاستيعاب (٨١٢/٢) .

(٤) هو أبو أمية صفوان بن أمية بن خلف من كبراء قريش في الجاهلية والإسلام ، قتل أبوه يوم بدر كافرًا ، وأسلم هو بعد الفتح ، وحسن إسلامه وشهد حنينًا مع النبي ﷺ واليرموك وكان من المؤلفة قلوبهم ، وروي عدة أحاديث عن النبي ﷺ ، وروى عنه أولاده أمية وعبد الله وعبد الرحمن وابن ابنه صفوان بن عبد الله ، مات بمكة سنة ٤١ وقيل ٤٢هـ . انظر الاستيعاب (٧١٨/٢) ، أسد الغابة (٢٣/٣) ، طبقات ابن سعد (٤٤٩/٥) ، التاريخ الكبير (٣٠٤/٤) ، العبر (٣٦/١) ، تهذيب التهذيب (٣٧٢/٤) ، والإصابة (١٨٧/٢) وسير أعلام النبلاء (٥٦٢/٢ – ٦٧٥) .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع باب تضمين العارية رقم ٣٥٦٢ ٢٩٤/٣ ، عن يزيد بن هارون عن شريك عن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان عن أبيه ، ورواه قيس بن الربيع عن عبد العزيز عن أبي مليكة عن أمية بن صفوان عن أبيه ، ورواه الحاكم في المستدرك (٤٧/٢) ، البيهقي في السنن الكبرى (٨٩/٦) .

(٦) انظر الحاوي الكبير (١١٩/٧) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٥/١٤) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٥٥/٥) .

ابن أمية ، ذكر هذا البخاري [١] .

١٦٠٤٢ - فصفوان بن أمية صاحب القصة جده لأبيه [٢] ، فإذا قال في الخبر عن أبيه فهو مرسل [٣] .

١٦٠٤٣ - والثاني : أن هذا الخبر لم يرده بلفظ الضمان إلا شريك [٤] بن عبد الله القاضي عن عبد العزيز بن رفيع [٥] عن أمية بن صفوان قال أبو داود هكذا رواه يزيد بن هارون [٦] عن شريك ببغداد [٧] وفي روايته بواسط [٨] على خلاف

(١) ذكر الإمام البخاري في كتابه التاريخ الكبير (٣٠٤/٤) أنه هو أمية بن صفوان بن عبد الله بن صفوان ابن أمية الجمحي المكي القرشي ، سمع جده وأبا بكر بن أبي زهير ، وروى عنه ابن جريج وابن عيينة ونافع بن عمر ، وروي شريك بن عبد العزيز بن رفيع عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه أن النبي ﷺ استعار منه ... إلى آخر الحديث . وقال إسرائيل عن عبد العزيز عن ابن أبي مليكة عن عبد الله بن صفوان بن أمية : استعار النبي ﷺ درعا من صفوان .

(٢) في جميع النسخ « جد أبيه » لعل المقام يقتضي أن يكون [صاحب القصة جده لأبيه] .

(٣) المرسل من الحديث ما أسنده التابعي أو تابع التابعي إلى النبي ﷺ من غير أن يذكر الصحابي الذي روى الحديث عن النبي ﷺ كما يقول : قال رسول الله ، قال ابن صلاح في مقدمته : إن حكم المرسل حكم الحديث الضعيف إلا أن يصح مخرجه بمجيئه من وجه آخر . انظر التعريفات ص٢٦١ ، مقدمة ابن صلاح ومحاسن الاصطلاح توثيق وتحقيق د . عائشة عبد الرحمن ط دار الكتب ص١٣٠ - ١٣٦ .

(٤) هو أبو عبد الله شريك بن عبد الله القاضي ، ولد ببخارى سنة ٩٥هـ وولي القضاء في عهد أبي جعفر المنصور ، حدث عن عطاء وهشام بن عروة وغيرهما وحدث عنه ابن المبارك والليث بن سعد وغيرهما ، قال النسائي : ليس به بأس ، وقال ابن حجر : صدوق يخطئ كثيرًا ، تغير حفظه منذ ولي القضاء بالكوفة وتوفي بها سنة ١٧٧هـ . انظر ميزان الاعتدال (٢٧٠/٢) ، تقريب التهذيب ص٢٦٦ ، تهذيب التهذيب (٢٩٣/٤ - ٢٩٦) .

(٥) هو أبو عبد الله عبد العزيز بن رفيع الأسدي ، هو تابعي ثقة ، روى عن ابن عباس وعنه أبو الأحوص وشريك وآخرون ، وثقه أحمد ويحيى وأبو حاتم والنسائي ، توفي سنة ١٣٠هـ . انظر سير أعلام النبلاء (٢٢٨/٥) ، تهذيب التهذيب (٣٣٧/٦) .

(٦) هو يزيد بن هارون الواسطي بن رادعي أبو خالد السلمي الحافظ ، ولد سنة ١١٨هـ وسمع ابن حكيم وشريك وغيرهما . قال أبو حاتم إنه كان ثقة إمامًا لا يسأل عن مثله ، ووثقه ابن معين وابن سعد وأحمد وغيرهما ، توفي سنة ٢٠٦هـ . انظر طبقات ابن سعد (٣١٤/٧) ، تهذيب التهذيب (٣٦٦/١١) ، الجرح والتعديل للرازي (٢٩٥/٩) ، سير أعلام النبلاء (٣٥٨/٩) .

(٧) بغداد عاصمة العباسيين والعراق ، أصله أعجمي فارسي معرب يعني بستان رجل ، وسماها المنصور مدينة السلام . كان أول من مصرها وجعلها مدينة ووضع أساسها هو أبو جعفر المنصور وجعل قصره في وسطها ، وجعل لها أربعة أبواب وبين كل باب ميل ، أنفق على بنائها ثمانية ألف ألف دينار . انظر معجم البلدان (٤٥٦/١ - ٤٦٨) .

(٨) هي مدينة واسط عمرها الحجاج بن يوسف الثقفي وكان قبله هناك موضع يسمى واسط قصب ، سميت

هذا [١] .

١٦٠٤٤ - وهذا قدح في الخبر .

١٦٠٤٥ - الثالث : روى جرير [٢] بن عبد العزيز بن رفيع عن أناس من آل عبد الله ابن صفوان أن رسول الله ﷺ قال : يا صفوان هل عندك من سلاح ؟ قال : أعارية تأخذها أم غصبًا ؟ قال : لا ، بل عارية . فأعاره ما بين الثلاثين إلى الأربعين درعًا . وغزا رسول الله ﷺ حنين [٣] . فلما هزم المشركون جمعت دورع صفوان وفقد منها أدرعا ، فقال عليه الصلاة والسلام لصفوان : قد فقدنا من أدرعك درعًا فهل نغرم لك ؟ قال يا رسول الله في قلبي اليوم ما لم يكن يومئذ [٤] .

١٦٠٤٦ - وروى أبو الأحوص [٥] عن عبد العزيز بن رفيع عن عطاء عن أناس من

= واسط ؛ لأنها متوسطة بين البصرة والكوفة . للعرب سبعة أواسط منها : واسط نجد ، وواسط الحجاز ، وواسط الجزيرة ، وواسط اليمامة ، وواسط عراق ، شرع الحجاج في عمارة مدينة واسط في سنة ٨٤هـ ، وفرغ منها سنة ٨٦هـ . انظر معجم البلدان (٣٤٧/٥ - ٣٥٣) .

(١) سنن أبي داود باب تضمين العارية (٥٩/٣) رقم ٣٥٦٢ .

(٢) هو جرير بن عبد الحميد بن قرط الضبي الرازي ، ولد في قرية من قرى أصبهان عام ١١٠هـ ، ونشأ بالكوفة ونزال الري ، روى عن عبد الملك بن عمير وأبي إسحاق الشيباني ويحيى بن سعيد الأنصاري وعبد العزيز بن رفيع وخلق كثير . ورووي عنه إسحاق بن راهويه وأحمد بن حنبل ويحيى بن معين كان ثقة يرحل إليه ، ينزل إلى ابن إسحاق ومالك . وكان من مشايخ الإسلام . كان رجلًا صالحًا لا شك في صلاحه وفضله . وتوفي سنة ١٨٨هـ . انظر تهذيب التهذيب (٦٥/٢ ، ٦٦) ، العبر (٢٣١/١) ، سير أعلام النبلاء (٩/٩ - ١٨) ، شذرات الذهب (٣١٩/١ ، ٣٢٠) .

(٣) حنين : واد قريب من الطائف ، بينه وبين مكة بضعة عشر ميلاً . قال الواقدي : بينه وبين مكة ثلاثة أميال وهو يذكر ويؤنث والأغلب عليه التذكير ، لأنه اسم ماء وإن قصدت به البلدة والبقعة أنثه كما قال حسان بن ثابت : نصروا نبيهم وشدوا أزره - بحنين يوم تواكل الأبطال . وهذا الموضع هو الذي هزم فيه رسول الله ﷺ هوازن ، وذكره الله تعالى في كتابه ﴿ لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ وَيَوْمَ حُنَيْنٍ ﴾ من الآية ٢٥ سورة التوبة . انظر : معجم ما استعجم من أسماء البلاد والمواضع ، لأبي عبد الله بن عبد العزيز الأندلسي ، تحقيق مصطفى السقا (٤٧١/١ - ٤٧٢) طبع دار عالم الكتب ، بيروت بدون تاريخ ولسان العرب (١٠٣٢/٢) ، ومعجم البلدان (٣١٣/٢) .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٦/٣) رقم ٣٥٦٣ ، وقال كان أعاره قبل أن يسلم ، ثم أسلم ، بنفس الإسناد ، باب تضمين العارية . والبيهقي في السنن الكبرى (٨٩/٦) باب العارية مضمونة والدارقطني في سننه (٤٠/٣) رقم ١٦٢ .

(٥) هو أبو الأحوص سلام بن سُلَيم - كما ضبط البخاري الحنفي الكوفي - روى عن عبد العزيز بن رفيع =

آل صفوان قال : استعار النبي ﷺ فذكر معنى حديث جرير [(١)] فقد خالف جرير وأبو الأحوص شريكًا في [إسناد الخبر] [(٢)] .

١٦٠٤٧ - فرواه جرير عن عبد العزيز بن رفيع عن أناس من آل صفوان ، [ورواه أبو الأحوص عن عبد العزيز بن رفيع عن عطاء عن أناس من آل صفوان] [(٣)] وخالفا جميعًا شريكًا في متنه فلم يذكرا الضمان .

١٦٠٤٨ - ومتى اختلفوا على عبد العزيز بن رفيع [تطرق الاحتمال] ، وأبو الأحوص أثبت من شريك [(٤)] ؟!

١٦٠٤٩ - قال البخاري : سمعت أبا بكر بن الأسود [(٥)] يقول : سمعت عبد الرحمن ابن مهدي [(٦)] يقول : أبو الأحوص سلام بن [سليم] الحنفي الكوفي [(٧)] أثبت من شريك

= وابن حرب وآدم بن علي والأسود بن قيس وغيرهم ، وأخذ عنه عبد الرحمن بن مهدي ووكيع وسعيد بن منصور والحسن بن الربيع وغيرهم ، وقال العجلي : كان ثقة صاحب سنة . وقال أبو زرعة والنسائي ، إنه ثقة ، وقال ابن مهدي : إنه أثبت من شريك ، وقال ابن خيثمة عن ابن معين : ثقة متقن توفي سنة ١٧٩ . انظر التاريخ الكبير (١٣٥/٤) ، التاريخ الصغير للبخاري تحقيق محمود إبراهيم زايد (٢١٨/٢) ط دار الوعي بحلب ، ميزان الاعتدال (١٧٦/٢) ، تهذيب التهذيب (٢٨٢/٤) .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٦/٣) رقم ٣٥٦٤ باب تضمين العارية والدارقطني في سننه (٤٠/٣) .

(٢) في جميع النسخ في إسناده الخبر . والصواب ما أثبتناه .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) ما بين المعكوفتين زيادة غير موجودة في النسخ ، وانظر معنى ذلك في التاريخ الكبير للبخاري (١٣٥/٤) ، تهذيب التهذيب (٢٨٣/٤) ، ميزان الاعتدال (١٧٦/٢) .

(٥) هو الحافظ أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي الأسود واسمه حميد بن الأسود البصري ، ابن أخت عبد الرحمن بن مهدي قاضي همذان وقد ينسب إلى جده . سمع عبد الواحد وأبا عوانة البصري ، قال الخطيب : كان حافظًا متقنًا . وذكره ابن حبان في الثقاة ، وتوفي سنة ٢٢٣هـ . انظر تهذيب التهذيب (٦/٦) ، تهذيب الكمال (٤٦/١٦ ، ٤٧) ، التاريخ الكبير (١٨٩/٥) ، رجال صحيح البخاري (٤٢٦/١) .

(٦) هو عبد الرحمن بن مهدي بن حسان بن عبد الرحمن العنبري ، ولد عام ١٣٥هـ ، روى عن أيمن بن نائل وجرير بن خازم وعكرمة بن عمار ومهدي بن ميمون ومالك وشعبة والسفيانين وإسرائيل وغيرهم . وروى عنه عبد الله بن المبارك وابن وهب وأحمد وإسحاق وعلي ويحيى بن معين وأبو ثور ، قال أبو حاتم : هو إمام ثقة أثبت من يحيى بن سعيد وأتقن من وكيع وقال الأثرم عن أحمد : إذا حدث عبد الرحمن عن رجل فهو حجة . وقال الشافعي : لا أعرف له نظيرًا في الدنيا ، توفي بالبصرة سنة ١٩٨هـ . انظر تهذيب الكمال (٤٣٠/١٧ - ٤٤٢) ، تهذيب التهذيب (٢٥٠/٦ - ٢٥٢) ، شذرات الذهب (٢٤١/١) .

(٧) في جميع النسخ سلام بن سليمان ولكن الإمام البخاري ضبطه في نص منقول عنه بأنه [سلام بن سليم الحنفي الكوفي] وأما أن يكون أبو الأحوص سلام بن سليمان ، فهذا تحريف من النساخ ، وهو الأحوص سلام بن =

ابن عبد الله القاضي [١] وأخرج البخاري جريرًا وأبا الأحوص في الصحيح [٢] ، ولم يخرج شريكًا ؛ فالرجوع عند الاختلاف إلى الأثبت أولى ، ورواية اثنين عن عبد العزيز بن رفيع أولى من رواية واحد .

١٦٠٥٠ - الرابع : قد عارض هذا رواية همام عن قتادة [٣] عن عطاء بن أبي رباح عن صفوان بن يعلي عن أبيه قال : قلت يا رسول الله أعارية مضمونة أو عارية مؤداة ؟ قال : بل مؤداة [٤] ، وهذا نص في نفي الضمان فلا يكون الرجوع إلى ما رووه في حديث شريك من إثبات الضمان بأولى مما في حديث قتادة من إسقاطه . وقد وافق قتادة أبو الأحوص وجرير ، ولم يوافق شريكًا أحد .

١٦٠٥١ - الخامس : أنا لو سلمنا ذكر الضمان لم يكن فيه دلالة ، لأن عندنا العارية مضمونة الرد ، وعندهم العارية مضمونة بالهلاك [٥] والخبر يقتضي ثبوت الضمان ، فليس ما يقولونه أولى مما نقوله . يبيّن ذلك : أن العارية اسم للعقد لا للعين . هذا هو الحقيقة ، والعقد لا يوصف بالضمان ، فلم يكن بد من الانصراف عن الظاهر فليس بأن يحمل على العين بأولى من حملنا له على الرد .

١٦٠٥٢ - فإن قيل : النبي ﷺ جعل الضمان صفة للعين [٦] .

١٦٠٥٣ - قلنا : لم نسلم ؛ لأنه وصف به العارية ، والعارية ليست العين فلم يبق لهم ظاهر .

= سليم سبقت ترجمته انظر التاريخ الكبير (١٣٥/٤) ، التاريخ الصغير البخاري (٢١٨/٢) تحقيق محمود إبراهيم زايد ط دار الوعي بحلب ، ميزان الاعتدال (١٧٦/٢) ، تهذيب التهذيب (٢٨٢/٤) .

(١) انظر التاريخ الكبير (١٣٥/٤) ، ميزان الاعتدال (١٧٦/٢) ، تهذيب التهذيب (٢٨٣/٤) .

(٢) انظر كتاب رجال صحيح البخاري (٤٣٢/١) .

(٣) هو قتادة بن دعامة بن قتادة بن عزيز أبو الخطاب السدوسي البصري ، كان عالمًا بالحديث ، رأسًا في العربية . من آثاره تفسير القرآن الكريم ، روى معمر عنه ، قال قتادة : ما قلت لمحدث قط أعد عليّ وما سمعت شيئًا إلا وعاه قلبي . قال شيخه ابن سيرين : قتادة أحفظ الناس . وقال أحمد بن حنبل : قل أن نجد من يتقدم قتادة ، كان عالمًا بالتفسير واختلاف العلماء . توفي سنة ١١٨هـ . انظر معجم المؤلفين (١٢٧/٨) ، شذرات الذهب (١٥٤/١) ، العبر (١١٢/١) .

(٤) أخرجه الإمام أبو داود في سننه . باب تضمين العارية (٢٩٧/٣ ، ٢٩٨) رقم ٣٥٦٦ .

(٥) المبسوط (١٣٦/١١) ، الحاوي الكبير (١١٨/٧) .

(٦) الحاوي الكبير (١١٩/٧) ، قال الماوردي في تفسير الحديث المروي عن شريك عن عبد العزيز عن أبيه عن أمية بن صفوان بن أمية أن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعًا يوم حنين ، فقال : أغصب يا محمد ، فقال : بل عارية ، فوصفها بالضمان بيان لحكمها عند جهله به .

١٦٠٥٤ - فإن قيل : ضمان الرد قد فهم بقوله : مؤداة [١] .

١٦٠٥٥ - قلنا : مؤداة يقتضي وجوب الرد ، فأما ضمان أجرة المثل فلا يفيده .

١٦٠٥٦ - ألا ترى أن الوديعة [أمانة] [٢] فالأمانات أمر الله تعالى بأدائها ولم يدل ذلك على ضمان أجرة الرد .

١٦٠٥٧ - الجواب السادس : أن النبي ﷺ أخذه بغير رضاه ، بدلالة قوله أغصبًا تأخذها يا محمد ؟ وهو رجل من أهل اللغة لا يسمي العارية المأخوذة بالإذن غصبًا ، وإنما ذلك اسم للمأخوذ بغير إذن المالك ، فبين له عليه الصلاة والسلام أن ذلك ليس بغصب ، وإنما هو عارية أذن الشرع فيها مضمونة ؛ لأنها أُخذت بغير رضاه . وعندنا : للإمام إذا احتاج إلى السلاح أن يأخذه بغير طيب نفس أصحابه ويضمنه لهم [٣] .

١٦٠٥٨ - فإن قيل : في الخبر استعار .

١٦٠٥٩ - قلنا : استعار معناه طلب العارية ، وكذلك يفعل الإمام ، فإذا امتنع المالك من الدفع أخذها بغير إذنه ، وكانت عارية مباحة بالشرع ، يتعلق بها الضمان [٤] .

١٦٠٦٠ - الجواب السابع : أن أبا سعيد البردعي قال : إن العارية إذا شرط فيها الضمان ضمنت ، وقد شرط عليه السلام الضمان [٥] .

١٦٠٦١ - قالوا : لو كان مقتضاها الأمانة لم يضمن بالشرط ، كما لا يضمن الوديعة بالشرط [٦] .

---

(١) انظر المرجع السابق في الموضع السابق . في جواب اعتراض الحنفية قال الماوردي : فإن قيل هو محمول على ضمان الرد كالودائع التي هي مضمونة الرد وليست مضمونة العين . قيل إطلاق القول يتناول ضمان الأعيان ، ولذلك امتنع أن يطلق على الأمانات المؤداة حكم الضمان ، على أنه قد روي عنه ﷺ أنه قال : عارية مضمونة مؤداة ، فكان الأداء محمولاً على الرد ، والضمان على التلف .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، لعل السياق يقتضيها .

(٣) المبسوط (١٣٦/١١) ، تبيين الحقائق (٨٥/٥) ، البناية على الهداية (١٧٩/٩) . قال السرخسي : فإن قيل : إنه أخذ تلك الدروع بغير رضاه ، وقد دل عليه قوله أغصبًا يا محمد ، إلا أنه إذا كان محتاجًا إلى السلاح كان الأخذ له حلالاً ثمة شرعًا ، ولكن بشرط الضمان ، كمن أصابته مخمصة له أن يتناول مال الغير بشرط الضمان .

(٤) المبسوط (١٣٦/١١) .

(٥) وهذا أيضًا مذهب قتادة وعبد الله بن حسن العنبري كما سبق ذكره . انظر المبسوط (١٣٦/١١) ، البناية على الهداية (١٧٦/٩) ، تبيين الحقائق (٨٥/٥) .

(٦) انظر كتاب الأم (٢٥٠/٣) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٠٣/١٤) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٦٦/٥) .

١٦٠٦٢ - قلنا : الوديعة يمسكها لمنفعة صاحبها ، فلا يجوز أن يضمنها . ولو ضمنها دفع بالضمان ، فلا معنى لإثباته ، والعارية [يمسكها] (١) لمنفعة يختص بها ، فيصح إن شرط ضمانها ، لأنه إذا ضمن لم يرجع بالضمان فكان في شرطه فائدة (٢) .

١٦٠٦٣ - الجواب الثامن : قال محمد بن مقاتل الرازي (٣) : صفوان بن أمية كان كافرًا مستأمنًا ، أخذت له زوجته الأمان من رسول الله ﷺ والمستأمن في دارنا على حكم دار الحرب ، يجوز له من الشرط ما لا يجوز للمسلمين ولهذا لا يلزم عليه الحدود لتبعيته على حكم الحرب ، فلهذا شرط عليه الصلاة والسلام له ضمان العارية ، وإن كان ذلك لا يجوز اشتراطه للمسلمين (٤) .

١٦٠٦٤ - وذكر الطحاوي في الاختلاف (٥) عن محمد بن عباس الرامي (٦) أنه تأول الخبر فقال : لأنه كان حربيًا فشرط ذلك (٧) له .

---

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) المبسوط (١٣٦/١١) . قال السرخسي : كان هذا من رسول الله ﷺ اشتراط الضمان على نفسه ، والمستعير وإن كان لا يضمن ، ولكن يضمن بالشرط كالمودع على ما ذكر في المنتقى .

(٣) هو محمد بن مقاتل الرازي من أصحاب محمد بن الحسن من طبقة سليمان بن شعيب وعلي بن معبد قاضي الري ، روى عن محمد ووكيع وأبي مطيع وغيرهم وروى عنه عيسى بن موسى المروزي ، وسمع عنه البخاري ولم يحدث عنه . كان فقيهًا وعالمًا بالعلوم والفنون ، توفي سنة ١٤٨هـ بالري . انظر الفوائد البهية ص٢٠١ ، الجواهر المضية (٣٧٢/٣) ، أخبار أبي حنيفة وأصحابه ص١٩٧ ، تهذيب التهذيب (٤٩٦/٩) ، لسان الميزان (٣٨٨/٥) .

(٤) انظر المبسوط (١٣٦/١١) ، تبيين الحقائق (٨٥/٥) ، حاشية شلبي عليه (٨٥/٥) ، البناية على الهداية (١٧٩/٩) . قال السرخسي : ولكن صفوان كان يومئذ حربيًا ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين ، وهكذا ذكر الزيلعي وشرحه الشلبي فقال : ولأن صفوان كان حربيًا ؛ لأنه كان مستأمنًا .

(٥) هو كتاب اختلاف العلماء أو الاختلاف بين الفقهاء كما ذكره ابن النديم لأبي جعفر الطحاوي ويقال له : اختلاف الروايات وهو في مائة ونيف وثلاثين جزءًا قد اختصره الإمام أبو بكر أحمد بن علي الجصاص وطبع هذا المختصر مع تحقيق ودراسة د/ عبد الله نذير أحمد الأستاذ المساعد بقسم الدراسات الإسلامية ، كلية الآداب ، جامعة الملك عبد العزيز ط دار البشائر الإسلامية ، لبنان ، بيروت . وسماه اختصار اختلاف العلماء. انظر كشف الظنون (٣٢/١) ، الفهرست ص٢٩٢ .

(٦) في (ص) : [الرازمي] ، وفي (ع) ، (م) : [الدارمي] والصواب ما أثبتناه كما في كتاب الأنساب للسمعاني (٥٤/٦) .

(٧) انظر مختصر اختلاف العلماء للطحاوي الذي اختصره الرازي (١٨٧/٤) .

١٦٠٦٥ - فإن قيل : مكة يومئذ كانت دار الإسلام والشروط التي تجوز مع أهل الحرب إنما تجوز في دار الحرب .

١٦٠٦٦ - قلنا : قد بينا أن المستأمن على حكم دار الحرب ، فيصح أن يُشترط معه ما لا يجوز للمسلمين ، ولهذا يجوز للإمام أن يأخذ أموالهم رهينة ، وإن لم يجز ذلك مع المسلمين .

١٦٠٦٧ - الجواب التاسع [1] : أن النبي ﷺ أمن أهل مكة في أنفسهم بقوله : « من دخل دار أبي سفيان [2] فهو آمن » [3] ولم يتعرض لأموالهم بشيء فكانت موقوفة على حكم أموال أهل الحرب ، فأخذها النبي ﷺ على هذا الوجه ، وشرط له الضمان بإبقائه على الإسلام ، ولهذا جاز الأخذ بغير رضاه حتى قال : يا محمد ؟ .

١٦٠٦٨ - الجواب العاشر : إن محمد بن جرير الطبري [4] ذكر أن هذه الأدرع لم

---

(١) في جميع النسخ جواب تاسع فزيد الألف واللام ليناسب ما سبقها من الأجوبة وكذلك الجواب العاشر .

(٢) هو أبو سفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبد شمس القرشي الأموي وله كنية أخرى : أبو حنظلة ، ولد قبل عام الفيل بعشر سنين ، وأسلم ليلة الفتح ، وشهد حنينًا والطائف مع النبي ﷺ ، وأعطي له رسول الله ﷺ من غنائم حنين مائة بعير وأربعين أوقية ، كما أعطى سائر المؤلفة وأعطى لابنيه يزيد ومعاوية فقال له أبو سفيان : والله إنك لكريم فداك أبي وأمي وإني لقد حاربتك فلنعم المحارب كنت ! ولقد سالمتك فلنعم المسالم أنت ! جزاك الله خيرًا ! قد كان رأس المشركين يوم أحد وفقئت عينه يوم الطائف وقيل فقئت عينه الأخرى يوم اليرموك ، واستعمله رسول الله ﷺ علي نجران ، ومات النبي ﷺ وهو وال عليها . توفي سنة (٣١) هـ بالمدينة . أسد الغابة (٣٩٢/٢ ، ٣٩٣) ، الإصابة (١٧٨/٢ ، ١٧٩) ، الأعلام (٢٨٨/٣) .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة كتاب الجهاد باب فتح مكة (١٤٠٨/٣) رقم (٨٦/١٧٨٠) مكرر . ورواه أبو داود في سننه (١٦٢/٣) رقم ٣٠٢٢ عن ابن عباس كتاب الخراج والإمارة والفيء باب ما جاء في خبر مكة ، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٤/٦) ، كتاب البيوع باب ما جاء في بيع دور مكة ، وأخرجه أحمد بن حنبل في مسنده (٥٣٨/٢) عن أبي هريرة ، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب المغازي ، باب فتح مكة (٤٧٥/١٤) رقم ١٨٧٤٦ وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه ، كتاب المغازي ، باب غزوة الفتح (٣٧٦/٥) رقم ٩٧٣٩ .

(٤) هو الإمام الجليل أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري ، ولد بآمل بطبرستان سنة ٢٢٤هـ وطاف الأقاليم في طلب العلم ، واستوطن بغداد ، وأقام بها إلى حين وفاته سنة ٣١٠هـ ، سمع إسحاق بن إسرائيل ومحمد بن حميد الرازي وطبقتهما ، وسمع منه محمد الباقر والطبراني وخلق كثير ، كان مجتهدًا لا يقلد أحدًا ، قال الخطيب : كانت الأئمة يحكمون بقوله ، ويرجعون إلى روايته لمعرفته وفضله ، جمع من العلوم ما لم يشاركه فيه أحد من أهل عصره ، من مؤلفاته القيمة : جامع البيان في تأويل آي القرآن ، اختلاف الفقهاء ، تهذيب آثار مسند عبد الله بن عباس ، التبصير في أصول الفقه ، تاريخ الرسل والملوك وغيرها . انظر تاريخ بغداد (١٦٢/٢ - ١٦٩) ، شذرات الذهب (٢٦٠/٢) ، وفيات الأعيان (٣٣٢/٣) ، تهذيب الأسماء =

تكن لصفوان وإنما كانت في يده لغيره ، فأخذها النبي ﷺ بإذن صفوان ، فلم يسقط ضمانها في حق مالكها ، فقال عليه الصلاة والسلام بل عارية مضمونة لهذا المعنى .

١٦٠٦٩ - الجواب الحادي عشر : أن النبي ﷺ لما رد الأدرع فُقد بعضها ، فقال لصفوان : إن شئت غرمناها لك ، فقال صفوان : لا أنا اليوم أرغب في الإسلام من ذلك اليوم [١] ، ولو كانت مضمونة لم يخير صفوان في الضمان ، ولم يقنع منه بقوله حتى يؤدى إليه المضمون أو يبرئه منه [٢] . يتبين ذلك أنه عليه الصلاة والسلام اقترض [٣] من عبد الله بن ربيعة [٤] ثلاثين ألف درهم ، فلما أراد أن يعطيه أبَى أن يقبل . فقال عليه الصلاة والسلام : إنما جزاء القرض الوفاء والحمد [٥] .

١٦٠٧٠ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله [قد] [٦] أعطى كل

= واللغات (٧٨/١) .

(١) سبق تخريج الحديث .

(٢) قال القرافي : إن الضمان صفة للعارية لم يعلق على مشيئته . انظر الذخيرة (٢٠١/٦) .

(٣) في (ص) : [أقرض] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٤) في جميع النسخ عبد الله بن ربيعة ، ولكن بالرجوع إلى المراجع تبين أنه هو عبد الله بن أبي ربيعة بن المغيرة ابن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشي المخزومي ، وأمه ثقفية ، كان اسمه في الجاهلية بحيرا ، فسماه رسول الله ﷺ عبد الله ، واسم أبي ربيعة عمرو وقيل حذيفة ، وقيل اسمه كنيته ، والأكثر يقوله عمرو . كان أبو ربيعة يقال له : ذو الرمحين ، وكان من أشراف قريش في الجاهلية ، وأسلم يوم فتح مكة ، وكان من أحسن الناس وجهًا . قال البخاري : هو الذي أرسلته قريش مع عمرو بن العاص إلى النجاشي في طلب أصحاب رسول الله ﷺ الذين كانوا بالحبشة ، وهو أخو أبي جهل لأمه ، ويقال إنه هو الذي أجارته أم هانئ ، وولاه رسول الله ﷺ الجند ولاية باليمن ، ولم يزل واليًا عليها حتى قتل عمرو بن الخطاب ، وكان عمر قد أضاف إليه صنعاء ، ثم ولي عثمان الخلافة ، فولاه ذلك أيضًا ، فلما حُصِر عثمان جاء لينصره فسقط عن راحلته بقرب مكة فمات سنة ٣٥هـ .
انظر أسد الغابة في معرفة الصحابة (١٢٩/٣) ، الإصابة (٣٠٥/٢) .

(٥) روى النسائي في سننه عن إسماعيل بن إبراهيم عن عبد بن أبي ربيعة عن جده عبد الله قال : استقرض مني رسول الله ﷺ أربعين ألفًا فجاءه مال فدفعه إليّ ، وقال : بارك الله لك في أهلك ومالك ، إنما جزاء السلف الحمد والأداء ، واللفظ له . كتاب البيوع باب الاستقراض (٣١٤/٧) ، رقم ٤٦٨٣ ، أسد الغابة في معرفة الصحابة (١٢٩/٣) . هذا ويلاحظ : أن الإمام القدوري استطاع في هذه المسألة بمقدرته الفقهية وجدارته في علم الحديث أن يرد على الشافعية بأحد عشر جوابًا على دليل واحد ، وهذا لا يأتي إلا ممن انتهت إليه رئاسة المذهب الحنفي في عصره ، ووافق الإمام ابن حزم ما ذكره القدوري على مدعاه بأن العارية أمانة لا تضمن إلا بالتعدي ، والإمام ابن حزم فقيه ومحدث .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) : [وفي سائر كتب السنن] .

ذي حق حقه فلا وصية لوارث . العارية مضمونة والمنحة مردودة » [١] وهذا الخبر ليس فيه ذكر الضمان .

١٦٠٧١ - ذكره الدارقطني وأبو داود ، وكذا رويناه ، وجعلناه حجة لنا . ولو ثبت حملناه على ضمان الرد ، وعلى عارية المكيل والموزون ، وعلى عارية الرهن للمرتهن بغير رضا المرتهن .

١٦٠٧٢ - قالوا : روى قتادة عن الحسن [٢] عن سمرة [٣] أن رسول الله ﷺ قال : على اليد ما أخذت حتى تؤديه [٤] .

١٦٠٧٣ - قلنا : لا دلالة فيه ، لأنه يقتضي وجوب رد المأخوذ ، وهذا متفق عليه . والخلاف في رد البدل ، والخبر لا يدل على ذلك [٥] .

---

(١) انظر هذا الحديث في الحاوي الكبير (١١٦/٧) ، وقد سبق تخريجه عند الاستدلال به ضمن أدلة الحنفية .

(٢) هو الإمام أبو سعيد الحسن بن يسار البصري ، كان إمام أهل البصرة وحبر الأمة في زمانه ، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر بن الخطاب ، وسمع خطبة عثمان ، أبوه مولى زيد بن ثابت ، وأمه مولاة أم سلمة ، وكان جميلًا وفصيحًا ، قال ابن سعد في طبقاته : كان جامعًا رفيعًا فقيهًا حجة مأمونا ناسكًا كثير العلم ، توفي سنة ١١٠هـ . انظر ميزان الاعتدال (٢٥٤/١) ، حلية الأولياء (١٣١/٢) ، العبر (١٠٣/١) ، شذرات الذهب (١٣٦/١) .

(٣) هو سمرة بن جندب بن هلال الفزاري ، سكن البصرة ، قدمت به أمه إلى المدينة بعد موت أبيه ، فتزوجها رجل من الأنصار اسمه مري بن سنان . وكان في حجره إلى أن صار غلامًا وغزا مع رسول الله ﷺ غير غزوة ، وكان زياد يستخلفه على البصرة إذا سار إلى الكوفة ، ويستخلفه على الكوفة إذا سار إلى البصرة ، وكان شديدًا على الخوارج وكان إذا أتي بواحد منهم قتله ، كان ابن سيرين والحسن البصري وفضلاء البصرة يثنون عليه ، روى عنه الشعبي وابن أبي ليلى وعلي بن ربيعة وعبد الله بن بريدة والحسن البصري وابن سيرين وغيرهم ، توفي سنة ٥٩هـ بالبصرة . انظر أسد الغابة (٣٠٣/٢) ، الإصابة (٧٩/٢) .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه كتاب العارية باب تضمين العارية (٢٩٧/٣) ، رقم ٣٥٦١ ، وقال : ذكر أن الحسن نسي فقال هو أمينك ولا ضمان عليه وأخرجه الترمذي في الجامع الصغير باب ما جاء في أن العارية مؤداة (٣٦٩/٢) رقم ١٢٨٤ وقال حديث حسن صحيح ، ورواه الدارمي (٢٦٤/٢) ، وابن ماجه (٨٠٢/٢) ، رقم ٢٤٠٠ ، البيهقي في السنن الكبرى كتاب العارية باب العارية مضمونة (٩٠/٦) ، أحمد في مسنده (١٣/٥) . وانظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١١٩/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٥٥/٥) ، ذكر الماوردي أن في هذا الحديث دليلين : الأول : أنه جعل عليها ما أخذت ، وهذا تضمين . والثاني : أنه واجب الأداء ، وذلك بمقتضى عموم الحالين من قيمة وعين .

(٥) قال الزيلعي في تفسير هذا الحديث : على اليد ما اخذت يقتضي رد العين ، وبه نقول ، لأن رد العين واجب في الأمانات . انظر تبيين الحقائق (٨٥/٥) .

١٦٠٧٤ - قالوا : روي أن عائشة رضي الله عنها استعارت قصعة [١] وانكسرت فأمر النبي ﷺ أن يغرم لهم قصعة مثلها [٢] .

١٦٠٧٥ - قلنا : الذي روي أن صفية [٣] رضي الله عنها حملت إلى النبي ﷺ طعامًا في قصعة فكسرتها عائشة رضي الله عنها ، وليس يمتنع أن يكون كسرتها ويقال انكسرت ، لأنهم يقولون كسرته فانكسر ، ولو ثبت أنها كانت عارية انكسرت بنفسها احتمل أن يكون النبي ﷺ أمر بذلك على طريق حسن العشرة وتطمين القلب ولو كان على وجه الوجوب لضمنت بالقيمة ، لأن القصعة لا تضمن بمثلها [٤] .

١٦٠٧٦ - قالوا : روي عن ابن عباس وأبي هريرة [٥] رضي الله عنهم أنهما قالا : العارية

---

(١) القصعة هي الآنية الضخمة التي تشبع العشرة . انظر لسان العرب (٣٦٥٣/٥) مادة قصع ، طلبة الطلبة ص٢٦١ .

(٢) روى أبو داود في سننه باب تضمين العارية (٢٩٧/٣ ، ٢٩٨) رقم ٣٥٦٨ ، عن خالد بن حميد عن أنس أن رسول الله ﷺ كان عند بعض نسائه ، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادمها قصعة فيها طعام ، قال : فضربت بيدها فكسرت القصعة ، قال ابن المثنى : فأخذ النبي ﷺ فضم أحدهما إلى الأخرى فجعل فيها الطعام ويقول غارت أمكم . وزاد ابن المثنى : كلوا فأكلوا حتى جاءت قصعتها التي في بيتها وقال : كلوا، وحبس الرسول القصعة حتى فرغوا ، فدفع القصعة الصحيحة إلى الرسول وحبس المكسورة في بيته . وفي حديث آخر قالت عائشة رضي الله عنها ما رأيت صانعًا مثل صفية ، صنعت لرسول الله ﷺ طعامًا فبعث به فأخذني أفكل فكسرت الإناء وقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت . قال : إناء مثل إناء وطعام مثل طعام . وروى البخاري في صحيحه باب إذا كسر قصعة أو شيئًا بغيره (١٧٩/٣) ، البيهقي في السنن الكبرى (٩٠/٦) . انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١١٩/٧) .

(٣) هي أم المؤمنين صفية بنت حيي بن أخطب بن سعية بن ثعلبة من سبط لاوي بن يعقوب ثم ولد هارون بن عمران أخي موسى عليه السلام ، أمها برة بنت سموئيل ، كانت زوج سلام بن مشكم اليهودي ثم خلف عليها كنانة ابن أبي الحقيق وهما شاعران فقتل كنانة يوم خيبر ، روى أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ لما فتح خيبر وجمع السبي أتاه دحية بن خليفة ، فقال : اعطني جارية من السبي ، قال : اذهب ، فخذ جارية ، فذهب فأخذ صفية . قيل يا رسول الله إنها سيدة قريظة والنضير ما تصلح إلا لك ، فقال رسول الله ﷺ خذ جارية من السبي غيرها ، وأخذها رسول الله ﷺ واصطفاها وحجبها وأعتقها وتزوجها وجعل عتقها صداقها ، ماتت سنة ٥٢هـ في خلافة معاوية ، روت عن النبي ﷺ وروى عنها ابن أخيها ومولاها كنانة ومولاها الآخر يزيد بن معتب وزين العابدين علي بن الحسين وغيرهم . انظر أسد الغابة (١٦٩/٧ - ١٧١) ، الإصابة (٧٣٨/٧ ، ٧٤٢) .

(٤) انظر المبسوط (١٣٦/١١ ، ١٣٧) ، الذخيرة للقرافي (٢٠١/٦) .

(٥) هو أبو هريرة عبد الرحمن بن صخر الدوسي صاحب رسول الله ﷺ ، وكان اسمه في الجاهلية عبد الشمس وسماه الرسول عبد الرحمن ، وكان من أصحاب الصفة ، أسلم يوم خيبر وشهدها مع رسول الله ﷺ ثم لزمه وواظب عليه ، قد كان أحفظ أصحاب النبي ﷺ وأكثرهم رواية عنه ، ومن أشهر من سكن =

مضمونة ولا مخالف لهما [١] .

١٦٠٧٧ - قلنا : ذكر الطحاوي بإسناده عن علي ﷺ أنه كان لا يضمن العارية ، ويقول : هي معروف ، وذكر عن ابن عمر عن عمر ﷺ مثله [٢] .

١٦٠٧٨ - قالوا : مقبوض بغير استحقاق لنفسه له الانتفاع به ، فوجب أن يكون هلاكه من ضمانه ، كالقرض [٣] .

١٦٠٧٩ - وقولهم : بغير استحقاق احتراز من الإجارة والموصى بخدمته .

١٦٠٨٠ - [وقولهم] [٤] : لنفسه احتراز من الشركة والمضاربة والوكالة .

١٦٠٨١ - [وقولهم] [٥] له الانتفاع به : احتراز من الرهن .

١٦٠٨٢ - الجواب : أن القبض لا يستحق . إنما يخالف المستحق متى لم يكن جائزًا ، وأما إذا جاز القبض وأذن فيه فالاستحقاق / وعدم الاستحقاق سواء ، وينتقض ١٨٤/أ

= الصفة واستوطنها طوال عمر النبي ﷺ ، قال البخاري : روى عن أبي هريرة أكثر من ثمانمائة رجل من صاحب وتابع ، واستعمله عمر على البحرين ثم عزله ثم عرضه على العمل فامتنع وسكن المدينة ، وبها كانت وفاته سنة ٥٧هـ ، وقيل غير ذلك وهو ابن ٧٨ سنة . انظر أسد الغابة (٣١٨/٥ - ٣٢١) ، الإصابة (٢٠٣/٤ - ٢١١) ، حلية الأولياء ٣٧٦/١ .

(١) روى عبد الرزاق في مصنفه عن إسرائيل عن عبد العزيز بن رفيع عن أبي مليكة وكان قاضيًا قال : سألت ابن عباس أُضَمن العارية ؟ قال : نعم إن شاء أهلها . وروي أيضًا عن ابن عيينة عن عمر وابن دينار عن عبد الرحمن بن السائب عن أبي هريرة ﷺ قال : العارية تغرم حيث إن رجلًا استعار بعيرًا من رجل فعطب ، فأُتي به مروان ابن الحكم فأرسله مروان إلى أبي هريرة فسألة فقال : يغرم ، وروي عن ابن عباس مثله . انظر مصنف عبد الرزاق (١٨٠/٨) ، السنن الكبرى للبيهقي (٩٠/٦) ، المحلى لابن حزم (١٧٠/٩) . وانظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١١٨/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٥٥/٥) .

(٢) انظر مختصر اختلاف العلماء للطحاوي (١٨٧/٤) ، وروى عبد الرزاق في المصنف (١٧٩/٨) عن محمد بن الحنفية عن علي كرم الله وجهه ليست العارية مضمونة إنما هو معروف إلا أن يخالف فيضمن ، وروى عنه أيضًا ابن عيينة فقال : قال علي : ليس على صاحب العارية ضمان .

(٣) قال القاضي الماوردي : إنها عين تفرد باحتباسها لنفسه من غير استحقاق ، فوجب أن تكون من ضمانه كالقرض ، ولأنه مقبوض لم يزل ملك صاحبه فوجب أن يكون من ضمان من تعجل الانتفاع به كالإجارة والوديعة . انظر الحاوي (١١٩/٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه . وكل ذلك شرح وتوضيح من قبل الإمام القدوري على الدليل قبل الرد عليه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

بالمقبوض على سوم الإجارة إذا قال استعمله والأوصاف موجودة ، ولا ضمان .

١٦٠٨٣ - ومعنى قولنا : إنه مقبوض بنفسه أنه يقبضه حتى ينظر هل يصلح له أم لا ؟ وهذه منفعة يختص بها ولا شبهة في أنه غير مضمون ، لأنه مقبوض على سوم عقد لا يقتضي الضمان . والمعنى في القرض أنه قبضه ليتملكه بالعوض ، فكان مضمونًا عليه . والعارية قبضها بإذن مالكها لا يملكها ولا يقضي بها حقًّا عليه فلم يكن مضمونًا كالإجارة والوديعة . أو نقول : لفظ العوض موضوع لوجوب المثل . يقولون : الأيادي من قرض . بمعنى من أسدى معروفًا وجب له مثله . وإذا اقتضى اللفظ وجوب المثل كان مضمونًا . والعارية أخذها بإذن مالكها ، لا ليمتلكها ولا ليقضي بها حقًّا فلم تكن مضمونة .

١٦٠٨٤ - قالوا : كل مال ضُمن بالرد ضُمن بالقبض ، كالمأخوذ على سبيل السوم . وعكسه الوديعة والمضاربة والشركة والعين المستأجرة [1] .

١٦٠٨٥ - قلنا : يبطل بمن استأجر رجلًا ليحمل له حمولة في منزله فالمتاع مضمون الرد على الحمال ، وليس مضمون العين ، [والحربي إذا غصب من المسلم مالاً فليس بمضمون العين] [2] وهو مضمون الرد عندهم [3] لأنه لا [يملكه] [4] بالغلبة وكذلك عن أصلهم إذا غصب صبيًّا حرًّا فهو مضمون الرد عندهم ، وليس بمضمون العين .

١٦٠٨٦ - ولأن ضمان الرد إنما يجب لمعنى ، وهو أن المالك لا منفعة له في قبض المستعير ، وإنما انفرد بالمنفعة فلم يجز تكليف المالك مؤنة ، وعليه ضمان العين للتعدي في الأجرة أو القبض للتمليك أو للقضاء ، وهذا لم يوجد في العارية . والمعنى في المقبوض على وجه السوم أنه يشبه لو قبض به الموصى له ضمن ، كذلك إذا قبض به غير الموصى له ضمن ، بيانه : أن رجلًا لو أوصى أن يباع عبده من فلان ، فمات الموصي ، ودفع إلى الموصي له لينظر هل يصلح له أم لا ، فهلك في يده كان مضمونًا عليه . وأما العارية فهو تسليم العين على طريق التبرع بمنفعتها وهذا المعنى لو وقع إلى الموصى له لم تصر العين مضمونة عليه ، كذلك إذا قبضها عن الموصى له علي ذلك الوجه لم تكن

---

(١) انظر هذا المعنى في النكت للشيرازي ورقة ١٧٢ (أ) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) قال الماوردي : إذا أحرز المشركون أموال المسلمين بغارة أو سرقة لم يملكوها . انظر الحاوي الكبير (٢١٦/١٤) .

(٤) في جميع النسخ [يمكنه] بدلًا من [يملكه] ، والمثبت هو الصواب .

مضمونة عليه .

١٦٠٨٧ - قالوا : مقبوض عن عقد لا يتضمن زوال الملك فوجب أن يكون هلاكه ممن تكملت المنفعة له كالوديعة (١) .

١٦٠٨٨ - قلنا : يبطل بالعبد الموصى بخدمته . ونقلب فنقول : ألا يكون مضمونًا على القابض ، كالوديعة ؟ .

١٦٠٨٩ - قالوا : المستعير من الغاصب إذا ضمن لصاحبه لم يرجع على الغاصب . فوجب إذا قبضه من صاحبه لم يكن مضمونًا (٢) . أصله : القبض لشراء فاسد على سبيل السوم وغصبه من الغاصب . وتحريره (٣) أن كل ما قبضه من الغاصب ضمنه لصاحبه ، ولم يرجع على الغاصب ، فإذا قبضه من صاحبه كان مضمونًا عليه ، أصله ما ذكرنا .

١٦٠٩٠ - قلنا : الرجوع فيما لزمه من الضمان ليس من وجوب الضمان في شيء ، لأن الرجوع إنما يكون لأجل الغرور بإيجاب عقد فيه بدل أو يقتضى (٤) نفعه [ولا يوجد في قبض المستعير ، لأن قبضه نفعه لمنفعة نفسه] (٥) بغير عوض ؛ فلهذا لا يرجع . وإنما عليه الضمان بأن يكون القبض وقع بغير رضا المالك أو على وجه التملك ببدل ، أو قضاء الحق ، وهذا لا يوجد في العارية .

١٦٠٩١ - فإن قيل : إذا كان قبض المستعير لنفسه فيجب أن يتعلق به الضمان ، إذا أعار [الغاصب] (٦) أقبض المودَع الذي وقع قبضه للمالك .

١٦٠٩٢ - قلنا : يبطل هذا بقبض الموصى له الخدمة .

١٦٠٩٣ - فإن قيل : هناك القبض مستحق بدلالة أن الورثة لا تملك الرجوع .

---

(١) المغني مع الشرح الكبير (٣٥٦/٥) .

(٢) الحاوي الكبير (١١٩/٧) وعبارته : « لأن الغاصب لو أعار كان المستعير منه ضامنًا ، ولو أودع كان المستودع منه غير ضامن ، لأن المستودع لو أغرم رجع على الغاصب ، والمستعير إذا غرم لم يرجع على الغارم ، وكذلك إذا كان مقبوضًا من المالك .

(٣) قال الماوردي : ويتحرر من اعتلاله قياسان ، أحدهما : أن كل قبض وقع من غير المالك مضمونًا يكون كذلك لو وقع من المالك كالغصب طردًا والوديعة عكسًا . والثاني : أنه مستعار فوجب أن يكون مضمونًا على المستعير كالمغصوب قياسًا على المستعير من الغاصب . انظر الحاوي الكبير (١١٩/٧ ، ١٢٠) .

(٤) في (ع) ، (م) : [يقتضي] ، وفي (ص) : [العبارة غير واضحة ، ولعلها يقتصر] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) وموجود في هامش (ص) .

١٦٠٩٤ - قلنا : ليس بمستحق بدلالة أن الموجَبَ له ، وهو الموصي ، يملك الرجوع فيه وإنما يتعذر عليه ما كان يملكه بموته ولم يتعذر على المعير ، فلا فرق بينهما . وأصل العلة المقبوض على وجه السوم وبيعٍ فاسدٍ ، وقد بينا الفرق بين ذلك وبين العارية ، وهو أن ذلك يشبه لو قبض به الموصى له كان مضمونًا وبدل المنافع على وجه التبرع سبب لو قبض به الموصي لم يكن مضمونًا ، وإن جعلوا الأصل الغصب .

١٦٠٩٥ - والمعنى فيه أنه قبض تضمن به الأجزاء فضمنت به العين ، وهذا القبض لا يضمن به الأجزاء على ما قدمنا فلا يضمن به العين [1] . أو نقول المعنى في الغصب أنه مأخوذ على جهة التعدي فكان مضمونًا على القابض .

١٦٠٩٦ - وفي مسألتنا مأخوذ بإذن المالك لينتفع بالعين ويردها ، فلم يكن مضمونا كالمستأجر والموصى [2] بخدمته .

١٦٠٩٧ - قالوا : العارية على ضربين : عارية المكيل والموزون ، وعارية المنافع ، فإذا كان يقتضي أحدهما الضمان كذلك الآخر [3] .

---

(١) في (م) : [المعنى] .
(٢) في (ع) ، (م) : [الوصي] .
(٣) يشترط الشافعية وغيرهم في المستعار كونه منتفعًا به مع بقاء عينه فلا يعار النقدان ، لأنه لا ينتفع بهما الانتفاع الغالب إلا بإخراجهما من اليد وإنفاقهما ، وأما منفعة التزيين بها والضرب على طبعها فمنفعة ضعيفة ، ويقاس على ذلك المكيل والموزون بجامع عدم بقاء العين وهذا محل اتفاق الفقهاء . ففي تبيين الحقائق : عارية الثمنين والمكيل والموزون والمعدود قرض ، لأن الإعارة إذن في الانتفاع ، ولا يتأتى الانتفاع بهذه الأشياء إلا باستهلاك عينها ، ولا يملك الاستهلاك إلا إذا ملكها ، فاقتضت تمليك عينها ضرورة ، وذلك بالهبة أو القرض ، والقرض أدناهما ضررًا لكونه يوجب رد المثل . وفي الذخيرة : الشرط الأول للمستعار أن يكون منتفعًا به مع بقائه فلا معنى لإعارة أطعمة ونحوها من المكيلات والموزونات بل ذلك قرض . وعند الشافعية كما جاء في مغني المحتاج ، ونهاية المحتاج : شرط المستعار كونه منتفعًا به مع بقاء عينه ، فلا يعار النقدان إذ منفعة التزين بها والضرب على طبعها منفعة ضعيفة ومعظم منفعتها في الإنفاق والإخراج . وإذا صرح به أو نوى صحت عند بعض المتأخرين ، فلا يعار المطعوم ونحوه فإن الانتفاع به إنما هو بالاستهلاك فانتفى المقصود من الإعارة . وجاء في المغني : ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها فإن استعارها لينفقها فهذا قرض ، ثم قال : إن هذا معنى القرض فانعقد القرض كما لو صرح به . انظر كل ذلك في تبيين الحقائق (٨٧/٥) ، الذخيرة للقرافي (١٩٨/٦) ، مغني المحتاج (٢٦٥/٢) ، نهاية المحتاج (٢٤٥/٤) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٥٩/٥) . ومن نصوص الفقهاء يتبين أنه لا عارية للمكيل والموزون وكل ما لا تبقى عينه ، بل إن أعاره فهو قرض ، لأن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ ، لأن الانتفاع يحصل هنا باستهلاك العين فهو مناف لوضع العارية ، ولم يخالف في ذلك إلا ما نقل عن بعض متأخري الشافعية . وعند الحنابلة في قول يجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزين بها ، مستدلين على ذلك بقول النبي ﷺ : من منح منحة ورق كان له كعدل ورقة . رواه الإمام أحمد في مسنده (٢٧٢/٤) . فقد قيل

١٦٠٩٨ - قلنا : عارية المكيل والموزون قرض عبر عنه بالعارية [١] فله أحكام القرض، وإن عبر عنه بغير عبارته ، كما أن النكاح ينعقد عندنا بلفظ الهبة ، ويكون له أحكام الأنكحة [٢] لا أحكام الهبات .

* * *

= أراد به القرض ههنا . انظر مجمع الزوائد للهيثمي (٨٥/١٠) .

(١) قياس العارية المطلقة على عارية المكيل والموزون في وجه ضعيف عندهم أنه يصح أن يعار ولكن الصواب أنه عارية مجازًا لا حقيقة . قال السمرقندي : إعارة المكيل والموزون وكل ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاك عينه قرض حقيقة ولكن عارية مجازًا ؛ لأنه عارض الانتفاع به باستهلاكه ببدل فكان تمليكًا ببدل ، وهو القرض . انظر تحفة الفقهاء (٢٨٤/٣) .

(٢) انظر الهداية (١٨٩/١ ، ١٩٠) .

مسألة ٧٩٩

حكم من اعار ارضًا ليبني فيها أو يغرس

١٦٠٩٩ - قال أصحابنا : إذا أعاره أرضًا ليبني فيها ويغرس فبنى وغرس ، وقد أطلق العارية ، فله الرجوع ومطالبته بقلع البناء والغراس ، ولا ضمان عليه .

١٦١٠٠ - وإن وَقَّت العارية فرجع قبل مضي الوقت كان له المطالبة بالقلع ويضمن النقصان . وإن مضت المدة فطالبه بالقلع فليس عليه ضمان . وكذلك الإجارة إذا انقضت وفي الأرض بناء أو غراس فله المطالبة بالقلع ، ولا ضمان عليه (١) .

١٦١٠١ - وقال الشافعي : إذا كانت العارية مطلقة لم يقلع إلا بشرط الضمان . وكذلك إن كانت مؤقتة ، فمضت المدة . وكذلك الإجارة إذا انقضت لم يلزم المستأجر إلا بشرط الضمان ، إلا أن يكون شرط أنه يَقْلَعُ بعد مضي المدة (٢) .

---

(١) الهداية شرح بداية المبتدي (٢٢٢/٣) ، البناية على الهداية (١٨٧/٩) ، المبسوط (١٤١/١١) ، تبيين الحقائق (٨٨/٥) ، الاختيار لتعليل المختار (٣١٤/٢) ، بدائع الصنائع (٢١٦/٦ ، ٢١٧) . قال الكاساني : إن الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم فكان للمعير أن يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وَقَّت لها وقتًا . وعلى هذا إذا استعار من آخر أرضًا ليبني عليها أو ليغرس فيها ثم بدا للمالك أن يخرجه فله ذلك ، سواء كانت العارية مطلقة أو مؤقتة ، غير أنها إن كانت مطلقة له أن يجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء ؛ لأن في الترك ضررًا بالمعير ؛ لأنها لا نهاية لها ، وإن قلع ونقض لا يضمن المعير شيئًا من قيمة الغرس والبناء . وإن كانت مؤقتة فأخرجه قبل الوقت لم يكن له أن يخرجه ولا يجبر على النقض والقلع ، والمستعير بالخيار ، إن شاء ضمن صاحب الأرض قيمة غرسه وبنائه قائمًا سليمًا وترك ذلك عليه ، فكان له أن يرجع عليه بالضمان وإن شاء أخذ غرسه وبناءه ولا شيء على صاحب الأرض . عبارة الكاساني أوضح وأدق .

(٢) كتاب الأم (٢٥٠/٣ ، ٢٥١) ، التهذيب (٣٦٤/١) ، التنبيه ص ١١٢ ، التكملة الثانية للمجموع (٢١١/١٤) ، مغني المحتاج (٢٧١/٢) ، نهاية المحتاج (١٣٦/٥) ، حلية العلماء (١٩٦/٥ - ١٩٨) ، الوجيز (١٠٤/١ ، ٢٠٥) ، الإشراف على مذاهب أهل العلم (١٤٧/٢) ، روضة الطالبين (٤٣٧/٤) . وذهب المالكية إلى أنه إذا أعاره أرضه ليبني فيها بنيانًا أو يغرس غرسًا فلما غرس أو بني أراد إخراجه بقرب ذلك فله ذلك ، بشرط أن يدفع للمستعير ما أنفقه ، وكلفه ، على ذلك البنيان أو الغرس . وإذا لم يدفع المعير للمستعير ما أنفقه يلزم المعتاد في البناء والغرس حتى يستكمل ما أراده لأن العادة الشرط ، ومن أعار شخصًا أرضه ليبني فيها أو يغرس إلى مدة معلومة ثم انقضت مدة البناء أو الغرس المشترط أو المعتادة فإن المستعير يصير حكمه حكم الغاصب ، فإن شاء ربُّها أمره بقلع البناء أو الشجر وتسوية الأرض أو أمره بإبقاء ما فعل ، ويدفع له قيمة ذلك منقوضًا . شرح الزرقاني (١٦٢/٦) ، التفريع (٢٦٨/٢) ، الخرشي (١٢٦/٦) ، بداية =

١٦١٠٢ - لنا : حديث أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : المنحة مردودة والعارية مؤداة [(١)] وهذه عارية فيجب أن تكون مؤداة في كل حال .

١٦١٠٣ - وهذا لا يكون حتى يرد مواضع البناء والغراس [(٢)] ولأنه لم يوجد غرر [(٣)] من المعير فله أن يطالبه بقلع الشجر من غير ضمان ، أصله إذا شرط في العارية القلع وعكسه إذا طالب بالقلع قبل مضي المدة [(٤)] .

١٦١٠٤ - فإن قيل : لا نسلم أنه لم يغرره ؛ لأن البناء والغرس يراد للتأبيد فالظاهر أنه أبّد العارية .

١٦١٠٥ - قلنا : العارية لا يصح التأبيد فيها وما لا يصح لا يجوز أن يقتضيه العقد ، ولأن الغرس قد يقصد به التأبيد وقد لا يقصد فلم نسلم لهم ما ذكروه ، ولأنه شغل العارية بما لا غاية لقلعه فيجبر على قلعه ، أصله إذا بدل النقصان .

= المجتهد (٣١٤/٢) ، حاشية الدسوقي (٤٣٩/٣) ، الذخيرة (٢١١/٦ ، ٢١٢) . وعند الحنابلة : إذا أطلق المدة في العارية فله أن ينتفع بها ما لم يرجع أو ينقضي الوقت ؛ لأنه استباح بالإذن وفيما عدا محل الإذن يبقي على أصل التحريم ، فإن كان المعار أرضًا لم يكن له أن يغرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع . فإن فعل شيئًا من ذلك لزمه قلع غرسه وبنائه ، وحكمه حكم الغاصب ، كما تجوز إعارة الأرض للبناء والغراس وله الرجوع ما لم يضعه وبعد وضعه ما لم يبن عليه ؛ لأنه لا ضرر فيه ، فإن بنى عليه لم يجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء وذلك ضرر بالمستعير فلا يجوز ، فإن شرط المعير على المستعير قلعه لزم القلع بلا نزاع مجانًا ، فإن لم يشترط قلع غرسه أو بنائه بوقت أو رجوع وأبي المستعير قلعه لم يجبر عليه . وللمعير قلعه ، ويضمن نقضه بالقلع ، قال المرداوي : وهو المذهب جمعًا بين الحقين . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٦٤/٥ ، ٣٦٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٩٤/٢) ، الإنصاف (١٠٦/٦ ، ١٠٧) .

(١) سبق تخريج الحديث .

(٢) انظر الاختيار لتعليل المختار (٣١٤/٢) .

(٣) الغرر : الخطر « وقد نهي رسول الله ﷺ عن بيع الغرر » . أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده عن أبي هريرة (٣٧٦/٢) ، وعن ابن عمر (١٤٤/٢) ، وعن ابن عباس (٣٠٢/١) ، وأبو داود في سننه كتاب البيوع والإجارات باب بيع الغرر (٦٧٢/٣) . وهو ما كان له ظاهر ليغر المشتري وباطن مجهول . قال الأزهري : بيع الغرر ما كان على غير عهدة ولا ثقة ، وتدخل فيه البيوع التي لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول ، كبيع السمك في الماء والطير في الهواء . انظر طلبة الطلبة ص٢٩٦ ، لسان العرب (٣٢٣٣/٥) ، المصباح المنير (٦٠٩/٢) .

(٤) إن كان وقّت له وقتًا عشرين سنة أو نحو ذلك ، ثم أخرجه قبل الوقت فهو ضامن للمستعير قيمة بنائه وغرسه . وحجتنا في ذلك أن المعير بالتوقيت يصير غارًا للمستعير ، بخلاف ما إذا أطلق فهلك المعار لم يصر غارًا ولكن المستعير مغتر بنفسه حتى ظن أنه بمطلق العقد يتركها في يده مدة طويلة . انظر المبسوط (١٤١/١١ ، ١٤٢) .

١٦١٠٦ - ولأنه لم يوقّت العارية فكان له المطالبة بالقلع من غير ضمان . أصله إذا أطلق ، وإن أذن له في الغراس فبنى [١] .

١٦١٠٧ - ولأنه استأجر ، فإذا مضت المدة لم يجز أن تتأبد يده فيما استأجر ، كمن استأجر للسكنى [٢] .

١٦١٠٨ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام « وليس لعرق الظالم حق [٣] » دليله أن عرق غير الظالم له حق ، فوجب أن لا يقلع . فإذا مضت المدة فهو ظالم لنفسه بالغرس في أرض المالك ، فهو عرق ظالم في هذه الحال [٤] .

١٦١٠٩ - قالوا : غرس مأذون فيه له بشرط قلعه ، فوجب أن لا يجبر على قلعه على وجه يضر بغارسه ، كما لو أعاره للغراس سنة فطالبه بالقلع قبل مضيها [٥] .

١٦١١٠ - قلنا : هناك لما سمى له المدة ، والظاهر أنه يفي بوعده ، فصار غارًّا بذلك ، فلزمه الضمان . فأما إذا مضت المدة فلا غرر ؛ لأنه قدَّر له مدة الانتفاع ، وعلم أنه قدر له ذلك ليخص العارية به .

١٦١١١ - فإن قيل : إنما قدر المدة حتى لا يتعدى بالغراس بعدها .

١٦١١٢ - قلنا : غلط . الظاهر أن تقدير المدة ليختص الانتفاع بها ، فلا يثبت له

---

(١) انظر بدائع الصنائع (٢١٧/٦) .

(٢) إذ المنافع تارة تصير معلومة بالمدة واستئجار الدور للسكنى والأرضين للزراعة ، فيصح العقد على مدة معلومة أي مدة كانت . انظر الهداية (٢٣١/٣) .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الخراج والإمارة والفيء باب في إحياء الموات (١٧٨/٣) رقم ٣٠٧٣ عن سعيد بن زيد عن النبي ﷺ أنه قال : « من أحيا أرضًا ميتة فهي له ، وليس لعرق ظالم حق » . واللفظ له . وأخرجه الترمذي في سننه ، كتاب الأحكام ، باب ما جاء في إحياء الأرض الموات وقال : حديث حسن غريب . وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة عن أبيه مرسلاً . وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب إحياء الموات ، باب ما جاء من أحيا أرضًا ميتة فهي له عن هشام عن أبيه (١٤٣/٦) ، وروي الإمام مالك في الموطأ باب القضاء في الموات عن هشام بن عروة عن أبيه ص٤٦٣ ، والإمام الشافعي في مسنده كتاب اختلاف مالك والشافعي ٢٢٤ ، سبل السلام (٧٢/٣) .

(٤) شرح منتهي الإرادات (٣٩٤/٢) ، وعبارته : فإن لم يشترط المعير على المستعير قلع غرسه أو بنائه بوقت أو رجوع وأبى المستعير قلعه لم يجبر عليه لمفهوم حديث : « ليس لعرق ظالم حق » لأنه قبضه بإذن رب الأرض ، ولم يشترط عليه قلعه وعليه فيه ضرر ، بنقص قيمته بذلك .

(٥) انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٦٧/٥) ، وعبارته : ولنا أنه لو بنى وغرس بإذن المعير من غير شرط القلع لم يلزمه القلع من غير ضمان ، كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت .

حق فيما بعد .

١٦١١٣ - قالوا : الظاهر أن الغراس يراد للتأبيد ، فحمل إطلاق العقد على ظاهره ، ولم يجز له الرجوع كما لو أعاره موضعًا ليدفن فيه (١) .

١٦١١٤ - قلنا : عندهم لا فرق بين التوقيت وعدم التوقيت ، فلا معنى للرجوع إلى العادة في التأبيد ، فأما الغرس فغير مسلم ، وأما إذا أعاره له - للبناء فتجوز له المطالبة بالنقل من ملكه ، ولو سلمنا فلأن النقل بالتراضي ممنوع منه ، وليس كذلك في مسألتنا ؛ لأنه بالتراضي غير ممنوع منه .

* * *

---

(١) انظر مغني المحتاج (٢/٢٧٠) ، وعبارته : للمعير والمستعير رد العارية متى شاء ، وإن كانت مؤقتة والمدة باقية ، إلا إذا كانت العارية لازمة كمن أعار أرضًا لدفن ميت محترم ، وفَعَلَ المستعيرُ فلا يرجع المعيرُ في الموضع الذي دُفن فيه ، وامتنع على المستعير ردها للزومها من جهتها ، حتى يندرس أثر المدفون .

رد العارية

١٦١١٥ - قال أصحابنا : إذا رد العارية إلى منزل صاحبها ، كما لو كانت دابة فردها إلى اصطبله أو إلى عبده أو إلى زوجته كان ذلك ردًّا صحيحًا ، ولم يلزمه ضمان (١) .

١٦١١٦ - وقال الشافعي : لا يبرأ حتى يردها إلى يد مالكها أو وكيله (٢) .

١٦١١٧ - لنا : حديث سمرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « على اليد ما أخذت حتى ترده » (٣) وهذا قد رد .

---

(١) المبسوط (١٣٩/١١ ، ١٤٠) ، البناية على الهداية (١٩٢/٩) ، تبيين الحقائق (٨٩/٥) ، الهداية (٢٢٣/٣) ، وعبارته : « إذا استعار دابة فردها إلى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن ، وهذا استحسان وفي القياس يضمن ، لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها ، وجه الاستحسان : أنه أتى بالتسليم المتعارف ؛ لأن رد العواري إلى دار الملاك معتاد ، كآلة البيت تعار ثم ترد إلى الدار ، ولو ردها إلى المالك فالمالك يردها إلى المربط فصح رده » وقال صاحب الاختيار (٣١٥/٢) : « لو رد الثوب إلى داره ، ومع من في عياله ، أو عبده ، أو أجيره الخاص برئ » ولم يذكر المصنف حقيقة المذهب كما ذكره غيره من الفقهاء . وبه قال المالكية ، انظر الذخيرة (٢٠٥/٦) ، مواهب الجليل على مختصر الخليل (٢٧٣/٥) ومذهب الحنابلة في ذلك أنه : « إن ردها إلى من جرت العادة بجريان ذلك على يديه كزوجته المتصرفة في ماله ، ورد الدابة إلى سائسها ، فقياس المذهب أنه يبرأ من الضمان ، قاله القاضي ، وقال المرداوي : هذا المذهب وعليه الأصحاب . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٥٨/٥) ، شرح منتهي الإرادات (٣٩٨/٢) ، الإنصاف (١١٦/٦) .

(٢) الحاوي الكبير (١٣١/٧) ، حلية العلماء (١٩٣/٥) ، روضة الطالبين (٤٤٦/٤) ، المهذب (٣٧١/١) . قال الماوردي : « وإذا استعار دابة ثم ردها إلى إصطبل المعير لم يبرأ من ضمانها ، حتى يدفعها إلى المعير أو إلى وكيله فيها » وقال النووي : قال أصحابنا : الرد الواجب المبرئ هو أن يسلم العين إلى المالك أو وكيله في ذلك ، فلو رد الدابة إلى الإصطبل أو الثوب ونحوه إلى البيت الذي أخذه منه لم يبرأ من الضمان . وبقول الشافعية قال الحنابلة كما جاء في المغني : فإذا كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضها يبرأ بذلك من ضمانها . وإن ردها إلى المكان الذي أخذت منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها . المغني مع الشرح الكبير (٣٥٨/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٩٨/٢) ، الإنصاف (١١٧/٦) . نلاحظ أن الحنابلة يوافقون الحنفية في بعض الفروع ، حيث حكموا العادة في ذلك ، ويوافقون الشافعية في فروع أخرى . وإجمال الخلاف في ذلك أن الأحناف ذهبوا إلى القول ببراءة المستعير على وجه الاستحسان برد العارية إلى أماكن حفظها في العرف والعادة ؛ لأن العادة محكمة ، وذهب الشافعية إلى أنه لا يبرأ من الضمان حتى يردها إلى يد مالكها أو وكيله .

(٣) قد سبق تخريج الحديث والنص هكذا : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » .

١٦١١٨ - فإن قيل : المراد به حتى تُرَدَّ إلى المالك .

١٦١١٩ - قلنا : قد يبرأ بالرد إلى وكيل المالك والمولى عليه .

١٦١٢٠ - فإن قالوا : يضمن جميع ذلك .

١٦١٢١ - قلنا : فنحن نضمن الرد المعتاد ، وهو أخص مما أضمرتم فكان أولى .

١٦١٢٢ - ولأنه رد العارية إلى الموضع الذي يعتاد كونها فيه ، فوجب أن يبرأ من ضمان الرد . أصله إذا رد وهو حاضر (١) . ولأنه إذا ردها إلى من جرت العادة بالرد عليه فأشبه إذا ردها إلى صاحبها (٢) .

١٦١٢٣ - ولأنه رد العارية إلى من يحفظ به العين في العادة فوجب / أن يبرأ من ضمان الرد . أصله : إذا رد العارية إلى المالك (٣) .

١٦١٢٤ - احتجوا : بأن ما وجب رده وجب رده على مستحقه ، أو من هو في مقامه بوكالة أو ولاية . ولأنه في منزله . أصله : الوديعة ومال المضاربة والمال الذي في يد الشريك والوصي والمسروق والمغصوب (٤) .

١٦١٢٥ - قلنا : الرد يعتبر فيه العادة (٥) ، والودائع لم تجر العادة بردها إلى البيوت ، وإنما ترد إلى المالك ، والعواري قد جرت العادة بردها إلى منزل صاحبها وبرد الدواب إلى إصطبلها ، فوجب أن تعتبر العادة في كل واحد من الأمرين .

---

(١) المبسوط (١١/١٤٠) ، البناية على الهداية (٩/١٩٢) .

(٢) الهداية (٣/٢٢٣) ، الاختيار (٢/٣١٥) .

(٣) الهداية (٣/٢٢٣) ، البناية على الهداية (٩/١٩٢) ، المبسوط (١١/١٤٠) ، الاختيار (٢/٣١٥) .

(٤) شرح منتهى الإرادات (٢/٣٩٨) ، المغني مع الشرح الكبير ٥/٣٥٩ ، وعبارته : لنا أنه لم يردها إلى مالكها ولا نائبة فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها إلى أجنبي .

(٥) العادة في اللغة : مأخوذة من العودة والمعاودة بمعنى التكرار ، والعادة اسم لتكرير الفعل والانفعال حتى يصير ذلك سهلًا تعاطيه ، كالطبع . قال ابن منظور : العادة : الديدن يعاد إليه ، ومعرفة ، وجمعها عاد وعادات ، والمعاود المواظب على أمر . وعند الأصوليين : أنها الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية . وعند الفقهاء : عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطبائع السليمة . أنواعها ثلاثة : العرفية العامة كوضع القَدَم ، واليد . والعرفية الخاصة لاصطلاح كل طائفة مخصوصة : كالرفع للنحاة والفرق والجمع والنقض للنظار . والعرفية الشرعية كالصلاة والزكاة والحج تركت معانيها اللغوية بمعانيها الشرعية وهذه المسألة مرتبطة بالقاعدة الفقهية « العادة محكمة » . وأصل هذه القاعدة هو الحديث الموقوف « ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن » . رواه الحاكم في المستدرك (٣/٧٨) انظر لسان العرب (٤/٣١٥٨) ، المصباح المنير (٢/٥٩٧) ، التعريفات ص١٦٠ ، الأشباه والنظائر ص٩٣ غمز عيون البصائر للحموي (١/٢٩٥) .

مسألة ٨٠١

إعارة المستعار وإجارته

١٦١٢٦ - قال أصحابنا : إذا استعار جاز أن يعير ، إلا أن يُشْتَرَطَ استيفاءُ المستعير للمنفعة ، والعين مما يختلف باختلاف الاستعمال [١] .

١٦١٢٧ - وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز أن يؤجر قولًا واحدًا [٢] ، وهل له أن يعير ؟ على وجهين : [٣] .

---

(١) مذهب الأحناف أن ما كان استعماله يتفاوت بتفاوت المستعمل ، كمن استعار ثوبًا ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن ؛ لأن الناس يتفاوتون في لبس الثوب ، ولبس القصاب والدباغ لا يكون كلبس البزاز والعطار ، فكان هذا تقييدًا مفيدًا في حق صاحب الثوب فإذا ألبسه المستعير غيره صار مخالفًا ، وكذلك الدابة إذا استعارها يركبها هو ، لأن الناس يتفاوتون في الركوب ، فرب راكب يروض الدابة وآخر يقتلها . فأما إذا استعاره ولم يسم من يلبسه فأعاره غيره لم يضمن ؛ لأن صاحب الثوب رضي باستيفاء منفعة اللبس من ثوبه مطلقًا ، فسواء لبسه المستعير أو غيره ، لم يكن مخالفًا لما نص عليه المستعير ، وكذلك إذا كان المستعار مما لا تتفاوت الناس في الانتفاع به كسكنى الدار وخدمة العبد ؛ لأن تقييده هنا بنفسه غير مفيد فيكون وجوده كعدمه ، وهو بناء على أصلنا أن للمستعير أن يعير . انظر المبسوط (١٤٠/١١) ، بدائع الصنائع (٢١٥/٦ ، ٢١٦) ، الهداية (٢٢١/٣) ، البناية على الهداية (١٨١/٩) ، الاختيار (٣١٢/٢) ، حاشية ابن عابدين (٥٠٣/٢) ، تبيين الحقائق (٥٨/٥ ، ٥٩) ، رؤوس المسائل ص٣٤٣ ، وبه قال ابن شاش وابن الحاجب من المالكية ؛ لأن المعير مالك المنفعة غير محجور عليه ، فصح من المستعير والمستأجر أن يعيرا . إلا أنهما لو لم يشترطا استيفاء المستعير المنفعة بنفسه فيما لا يختلف باختلاف الاستعمال والركوب ، وقالا بجوازها مطلقًا ، وبه قال الشافعية في وجه . انظر مواهب الجليل (٢٦٨/٥) ، الحاوي الكبير (١٢٧/٧) ، مغني المحتاج (٢٦٤/٢) .

(٢) هذا محل اتفاق بين جمهور فقهاء المذاهب الأربعة الذين ذهبوا إلى أنه ليس للمعير أن يؤجر المستعار ؛ ففي الهداية : وليس للمستعير أن يؤجر ما استعاره ، فإن أجره فعطب ضمنه . وفي شرح الزرقاني : ليس له - المستعير - أن يعير ولا يؤجر . وفي الحاوي : ولم يجز أن يؤجرها ؛ لأن الإجارة لازمة والعارية غير لازمة . وفي المغني : وليس له أي للمستعير أن يؤجره ؛ لأنه لا يملك المنافع فلا يصح أن يملكها ولا نعلم في هذا خلافًا . انظر الهداية (٢٢١/٣) ، البناية (١٨١/٩) ، تبيين الحقائق (٨٥/٥) ، شرح الزرقاني (١٢٧/٦) ، الحاوي (١٢٧/٧) ، المجموع (٢٠٩/١٤) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٦١/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٩٦/٢) . ويلاحظ أن الإمام القدوري لم يتعرض إلى إجارة المستعار في المذهب الحنفي ولكن الاتفاق بين الأئمة الأربعة على عدم الجواز .

(٣) قال الماوردي : وفي جواز إعارتها وجهان : أحدهما : يجوز أن يعير كما يجوز للمستأجر أن يؤجر ، والوجه الثاني : لا يجوز أن يعير وهو الصحيح . انظر الحاوي الكبير (١٢٧/٧) ، حلية العلماء (١٩٥/٥) ، =

١٦١٢٨ - لنا : أن التبرع في حال الحياة تارة يقع بالأعيان وتارة بالمنافع ، فإذا كان من تُبُرِّعَ عليه بعين وجاز له أن ينتفع بها بنفسه جاز أن ينقل الانتفاع إلى غيره ، كذلك إذا تُبُرِّع عليه بالمنفعة .

١٦١٢٩ - ولأن التبرع بالمنفعة تارة يكون في الحياة وتارة بعد الموت بالوصية ، ثم جاز للموصى له بالمنفعة أن يعير ، كذلك المستعير . ولأنه عقد يدخله التوقيت فجاز أن ينقل المعقود له إلى غيره ، كالإجارة .

١٦١٣٠ - ولأن الأعيان يصح تمليكها كالمنافع ، ثم كان التبرع بالأعيان في حال الحياة تارة إباحة وتارة تمليكا ، كذلك المنافع [١] .

١٦١٣١ - احتجوا : بأنه تبرع لم يتصل بالقبض كالهبة التي لم تقبض .

١٦١٣٢ - قلنا : قبض العين التي تستوفى المنفعة عند مخالفنا قبض لمنافعها فلم يصح هذا الكلام على أصله . فأما على أصلنا فإن قبض العين ثبت لجواز التصرف في المنافع بدلالة المستأجر .

١٦١٣٣ - قالوا : أما بالانتفاع على الصفة فلم يجز له أن يبيح لغيره ، لأن ذلك استيفاء على غير الوجه الذي أثبت له [٢] .

١٦١٣٤ - قلنا : إذا أطلق العارية ولم يقل : إن تركت أنت فقد أباحه مطلقًا فلم يكن في ذلك استيفاء ماله بوجه ، فأما إن أعير ركوبه فليس له أن يعير . ثم هذا تمليك وليس بإباحة . الدليل عليه : أن هذا العقد مختلف في تعلق الصحابة به ، ولو كان إباحة لم يصح ذلك فيه .

= مغني المحتاج (٢٦٤/٥) ، المهذب (٣٧١/١) ، وبوجه الصحيح عند الشافعية قال المالكية في الأظهر والحنابلة قولًا واحدًا . ففي بداية المجتهد : الأظهر أنها لا تصح من المستعير أن يعيرها . وفي شرح الزرقاني : أن ليس له أن يعير . وفي المغني : وليس للمستعير أن يعير ما استعاره لغيره . انظر بداية المجتهد (٣١٢/٢) ، شرح الزرقاني (١٢٧/٦) ، التفريع (٢٦٩/٢) ، مواهب الجليل (٢٦٨/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٦١/٥) ، شرح منتهي الإرادات (٣٩٦/٢) .

(١) المبسوط (١٤٠/١١) ، وعبارته : إن المستعير مالك للانتفاع بالعين ، فيملك أن يعيره من غيره كالمستأجر والموصى له بالخدمة .

(٢) الحاوي الكبير (١٢٧/٧) ، مغني المحتاج (٢٦٤/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٦١/٥) ، قال ابن قدامة : إن العارية إباحة المنفعة ، فلم يجز أن يبيحها غيره ، كإباحة الطعام . وفارق الإجارة ، لأنها ملك الانتفاع على كل وجه ، فملك أن يملكها ، وفي العارية لم يملكها ، إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له ، =

١٦١٣٥ - ولأنه إذا ذكر فيه عوضًا كان تمليكًا . وكذلك إذا كان بغير عوض . ولأن العارية إذا علقت بالأعيان التي لا منافع لها كانت قرضًا . فلولا أن مقتضاها التمليك لم تملك بعقدها الأعيان .

١٦١٣٦ - ولأن عند مخالفنا يستحق لها اليد على التأبيد [(١)] ؛ فلو كانت إباحة لم تتأبد اليد فيها . ولأن مطلق العارية يجوز أن ينقل به العين إلى حيث شاء ؛ فلو كانت إباحة لم يجز النقل بالإطلاق ، كمن أباح لغيره أكل طعامه .

١٦١٣٧ - فإن قيل : لو كان تمليكًا لجاز له أن يؤجرها [(٢)] .

١٦١٣٨ - قلنا : إنها لا تجوز ؛ لأنه يؤدي إلى قطع حق المُعِير عنها ، وهو يملكه على أن ينقطع حقه متى شاء أن يرتجعها .

• • •

= فأشبه من أبيح له أكل الطعام .

(١) العارية عند الشافعية عقد إرفاق ومعونة ، وهي لهذا عقد جائز غير لازم إلا في مواضع الضرورة ، كما إذا أعار أرضًا لدفن الميت فلا يرجع حتى يندرس أثر المدفون . ولو أعار أرضًا للزرع فلا يرجع قبل انتهائه ، ومنها لو أراد الصلاة المفروضة فأعاره ثوبًا ليستتر به أو ليفرشه في مكان نجس ففعل ، وكان الرجوع فيه مؤديًا إلى بطلان الصلاة . ومنها لو استعار سلاحًا ليدفع به عما يجب الدفع عنه . ومنها ما إذا استعار ما يدفع به أذى الحر والبرد المهلكين ، ومنها ما ينجي به من الغرق ، ويطفئ به الحرق ، ويقاس ما في معناه . انظر الحاوي (١٨٠/٧) ، مغني المحتاج (٢٧٠/٢) .

(٢) البناية على الهداية (١٦٩/٩) . قال صاحب البناية : « لا يملك المستعير إجارة ما استعاره ، ولو كان تمليكًا جاز له ذلك ، كما يجوز للمستأجر أن يؤجره لتملكه المنافع » . ويتجه عليه أن القياس على الإجارة لا يصح ؛ لأنها تمليك للمنفعة من كل وجه ، وأما المستعير فليس له الانتفاع إلا على الوجه المأذون له فيه ، بل إن العارية إباحة المنفعة ، فليس له أن يبيحها غيره ، فأشبهت إباحة الطعام للضيف فله أن يأكل منه ، وليس له أن يعطي أحدًا منه شيئًا .

مَوْسُوعَة
القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارِنَةِ
المُسَمَّاة
التَّجْرِيد

كتاب الغصب

خرق الثوب

١٦١٣٩ - قال أصحابنا : إذا خرق ثوبًا لغيره خرقًا كبيرًا [١] فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمة الثوب ، ويسلم إليه الثوب ، وإن شاء أمسكه و ضمنه النقصان [٢] . وإن ذبح شاة فهي مثله في رواية الأصل [٣] .

١٦١٤٠ - وروى الحسن [٤] عن أبي حنيفة في الشاة إذا ذبحها [إن شاء] [٥]

---

(١) الخرق الكبير أو الفاحش ضد اليسير . قيل : ما يوجب نقصان ربع القيمة فاحش ، وما دونه يسير . وقيل الفاحش ما ينقص به نصف القيمة لاستواء الهالك والقائم ، فيخير المالك بين أن يميل إلى الهالك أو إلى القائم . والصحيح : أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة ، واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة ، وإنما يدخل في نقصان المنفعة . انظر تبيين الحقائق (٢٢٩/٥) وحاشية الشلبي عليه ، مجمع الأنهر (٤٦٢/٢) ، بدر الملتقي في حاشيته ، الهداية (١٧/٤) .

(٢) انظر الهداية (١٦/٤ - ١٧) ، تبيين الحقائق (٢٢٨/٥) ، المبسوط (٨٦/١١) ، بدائع الصنائع (١٥٨/٧) وعبارة السرخسي : « ولو اغتصب ثوبًا فخرقه ، فإن كان خرقًا صغيرًا ضمن الغاصب النقصان فقط ، وأخذ صاحب الثوب ثوبه ، لأن العين قائمة من كل وجه فبهذا القدر من الخرق لا يخرج من أن يكون صالحًا ، لما كان صالحًا قبله وإنما يتمكن في قيمته نقصان فيضمن ذلك النقصان . وإن كان الخرق كبيرًا وقد أفسد الثوب فصاحبه بالخيار إن شاء ضمن الغاصب قيمة ثوبه ؛ لأنه مستهلك من كل وجه ، فإنه لا يصلح بعد هذا الخرق لجميع ما كان صالحًا قبله . وإن شاء أخذ الثوب لكونه قائما حقيقة ، وضمنه ما نقصه فعل الغاصب .

(٣) هذا في ظاهر الرواية ، لأن الذبح استهلاك من وجه ، فإنه يفوت به بعض ما كان مقصودًا من النسل واللبن ، فلصاحبه أن يضمنه قيمتها إن شاء وإن شاء ، أخذ المذبوح مسلوخًا كان أو غير مسلوخ ، وضمن الغاصب النقصان . انظر المبسوط (٨٦/١١) ، البدائع (١٥٨/٧) ، تبيين الحقائق (٢٢٨/٥) .

(٤) هو الإمام أبو علي الحسن بن زياد الأنصاري اللؤلؤى الكوفي صاحب الإمام أبي حنيفة النعمان . ذكر السمعاني وغيره أن اللؤلؤي نسبة إلى بيع اللؤلؤ . وقد اشتهر برواية الحديث حتى كان يقول : كتبت عن ابن جريج اثني عشر ألف حديث ، كلها يحتاج إليها الفقهاء ، وولي القضاء بالكوفة بعد حفص بن غياث سنة ١٩٤هـ ثم استعفي ، وكان محبًا للسنة ، وقد أخذ عنه محمد بن سماعة ومحمد بن شجاع الثلجي ، وعلي الرازي وعمر بن مهير والد الخصاف القاضي . من تصانيفه كتاب المجرد لأبي حنيفة بروايته ، وكتاب أدب القاضي والأمالي وكتاب الفرائض وكتاب الوصايا وغيرها . توفي سنة ٢٠٤ هـ . الفوائد البهية ص ٦٠- ٦١، الفهرست لابن النديم ص٢٨٨ وسير أعلام النبلاء (٥٤٣/٩ - ٥٤٥) ، العبر (٢٧٠/١) لب اللباب للسيوطي ص٢٣١ ، واللباب في تهذيب الأنساب (١٣٦/٣) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) .

ضمنه قيمتها وسلمها إليه ، وإن شاء أخذها و لا شيء له (١) .

١٦١٤١ - وقال الشافعي : يضمنه القيمة و لا يضمنه النقصان (٢) .

(١) المبسوط (٨٦/١١) ، البدائع (١٥٨/٧) ، تبيين الحقائق (٢٢٨/٥) ففي تبيين الحقائق : « روي الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له أن يضمنه النقصان إذا أخذ اللحم ؛ لأن الذبح والسلخ زيادة فيها ، لانقطاع احتمال الموت حتف أنفها ، وأمكن الانتفاع بلحمها بيقين . وقال السرخسي : ولكن ما ذكره في ظاهر الرواية أصح ؛ لأنه زيادة من حيث التقرب إلى الانتفاع باللحم ، ولكنه نقصان بتفويت سائر الأغراض من الحيوان . ولأجله يثبت الخيار ، فكان هذا والقطع في الثوب سواء ، يضمنه النقصان إن شاء . وهو رواية عن الحنابلة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٨٥/٥) والمبدع (٨٣/٥) . وقال المالكية : للمالك الخيار بين أخذ قيمته يوم الغصب وبين أخذه ناقصًا وأخذ ما نقصت قيمته ولا أرش له ؛ ففي حاشية الدسوقي : « أن الذبح ليس بمفوت ، ولربها الخيار بين أخذ قيمتها ، وأخذها مذبوحة من غير أن يأخذ معها ما نقصه الذبح ، كما هو قول ابن القاسم في سماع يحيى . وقيل : إنه يخير بين أخذ قيمتها ، وأخذها مذبوحة مع ما نقصه الذبح . وهو قول ابن مسلمة ، قال ابن ناجي : هو بعيد عن أصول المذهب ، ولكنهم فرقوا بين النقصان الناتج عن فعل الغاصب ، أو النقصان الذي يكون من السماء ، فقالوا : النقصان الذي يكون بأمر من السماء ليس له إلا أن يأخذه ناقصًا ، أو يضمنه قيمته يوم الغصب . وأما إن كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب منه مخير في المذهب بين أن يضمنه القيمة يوم الغصب ، أو يأخذه وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم ، وعند سحنون ما نقصته يوم الغصب . وذهب أشهب إلى أنه مخير بين أن يضمنه القيمة ، أو يأخذه ناقصًا ولا شيء له في الجناية ، كالذي يصاب بأمر من السماء . وإليه ذهب ابن مواز . والمعتمد : أنه إما أن يأخذ القيمة أو يأخذ الشيء المذبوح أو الناقص بدون قيمة . انظر بداية المجتهد (٣١٧/٢ - ٣١٨) والخرشي (١٣٢/٦) وحاشية الدسوقي (٤٤٤/٣) .

(٢) قال الماوردي : للمغصوب ثلاثة أحوال : أحدها : أن يكون باقيًا . والثاني : أن يكون تالفًا . والثالث : أن يكون ناقصًا . فهي على ضربين ، الأول : أن يكون حيوانًا والثاني أن يكون غير حيوان ، فإن كان غير حيوان فالنقص على ضربين الأول : أن يكون متميزًا كالحنطة يتلف بعضها ، فيكون ضامنًا للنقص بالمثل ، إذا كان ذا مثل وبالقيمة إذا لم يكن ذا مثل ، ويرد الباقي بعينه . الثاني : أن يكون النقص غير متميز كثوب شقه أو إناء كسره ، فإن كان الناقص أكثر منافعه ، ذهب الشافعي أنه يأخذه ، وما نقص من قيمته حتى لو كان يساوي مائة درهم ، فصار بعد النقص يساوي درهمًا أخذه وتسعة وتسعين درهمًا . هكذا لو تمزق الثوب وترضض الإناء حتى لم يبق لهما ، قيمة أخذ قيمتهما كاملة وأخذ المرضوض والممزق ، ولم يملكه الغاصب مع أداء القيمة . انظر الحاوي (١٣٦/٧ - ١٣٨) . ويبدو من هذا أن مذهب الشافعية ، خلافًا لما نقله المصنف ، هو رد العين المغصوبة وأرش ما نقصه الغاصب . وفي المهذب كذلك (٣٦٩/١) أنه إن « نقص المغصوب نقصانًا تنقص به القيمة نظرت ، فإن كان في غير الرقيق لم يخل إما أن يكون نقصًا مستقرًا أو غير مستقر ، فإن كان مستقرًا بأن كان ثوبًا فتخرق ، أو إناء فانكسر ، أو شاة فذبحت ، أو طعامًا فطحن ونقصت قيمته رده ورد معه أرش ما نقص ، لأنه نقصان عين في يد الغاصب نقصت به القيمة ، فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب . فإن ترك المغصوب منه المغصوب على الغاصب ، وطالبه ببدله لم يكن له ذلك ».

١٦١٤٢ - لنا : حديث ابن عمر [رضي الله عنهما] (١) أن النبي ﷺ قال : من كان له شريك في عبد أو أمة فأعتق نصيبه فإن عليه عتق ما بقى من حصص شركائه من العبد يقوم عليه قيمة عدل (٢) .

١٦١٤٣ - فحكم عليه الصلاة و السلام ببقاء (٣) ملك الشريك وأوجب على المعتق جميع قيمته (٤) نصيب شريكه ؛ لأنه أتلف أعظم منافع ملكه .

١٦١٤٤ - وذكر الحسن بن زياد عن محمد بن الحسن : أن دهقانًا فقأ عين فرس لعروة البارقي (٥) فكتب بذلك إلى عمر رضي الله عنه وكتب عمر إلى سعد (٦) أن قوم الفرس صحيحًا فإن شاء الدهقان فليأخذه ويعطى قيمته وإن شاء فليعط عروة ربع ثمنه (٧) .

= وقال في موضع آخر (٢١١/١) : فإذا غصب حنطة فطحنها ، أو ثوبًا فقصره أو خاطه ، أو طينًا فضربه لبنًا أو شاة فذبحها وشواها ، لم يملك شيئًا من ذلك بل يرده على حاله ، وأرش النقص إن نقص . انظر أيضًا الوجيز للغزالي (٢١٠/١) ، روضة الطالبين (٣٢/٥ - ٣٣) . وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية في رواية أخرى . قال ابن قدامة : إن على الغاصب ضمان نقص الأرض ، إن كان نقصها الغرس أو نقصت بغيره ، وهكذا كل عين مغصوبة على الغاصب ضمان نقصها ، وإن كان نقصًا مستقرًا ، كثوب تخرق وإناء تكسر ، وطعام سوّس وبناء خرب ونحوه بأنه يردها وأرش النقصان . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٨٥/٥) ، المبدع (١٨٣/٥ - ١٨٤) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٦/٢) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٨٧/١٠) كتاب العتق ، باب من أعتق شركًا في عبد وهو معسر ، عن ابن عمر رضي الله عنه . أخرجه الدارقطني في سننه (١٢٣/٤) كتاب المكاتب عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ من كان له شريك في عبد أو أمة فأعتق نصيبه فإن عليه عتق ما بقي من العبد والأمة من حصص شركائه ، يقوم قيمة عدل ، ويؤدي إلى شركائه قيمة حصصهم ، ويعتق العبد والأمة في مال المعتق بقيمة حصص شركائه .

(٣) في (ع) ، (م) : [مقام] .

(٤) في (ع) ، (م) : [جميع قيمته] .

(٥) هو عروة بن أبي جعد البارقي الأزدي ، سكن الكوفة ، روى عن النبي ﷺ وعن عمر بن الخطاب وسعد بن أبي وقاص . وروى عنه الشعبي وسماك بن حرب وشبيب بن غرقدة والسبيعي ، وكان مرابطًا في موضع بالجانب الشرقي من بغداد . وقال شبيب بن غرقدة : رأيت في دار عروة بن الجعد سبعين فرسًا مربوطة للجهاد في سبيل الله ، استعمله عمر على قضاء الكوفة ، وضم إليه سليمان بن ربيعة قبل شريح القاضي . وهو أول من قضى على الكوفة . انظر ترجمته في الاستيعاب (١٠٦٥/٣) ، أسد الغابة (٥٢٤/٣) وتهذيب التهذيب لابن حجر (١٦١/٧) .

(٦) هو سعد بن أبي وقاص سبقت ترجمته .

(٧) أخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير (٥٥/٣) قال : ورواه الدمياطي في كتاب الخيل من حديث عروة البارقي ، قال : كانت لي أفراس ، فيها فحل شراء عشرون ألف درهم نفأ عينه دهقان ، فأتيت عمر فكتب إلى سعد ابن أبي وقاص : أن خير الدهقان بين أن يعطيه عشرين ألف درهم ويأخذ الفرس ، وبين أن يدفع ربع الثمن .

وهذا منه لم يذكره أحد .

١٦١٤٥ - ولأنه أتلف عليه المنفعة المقصودة من العين ، فكان له أن يضمنه قدر جميع[1] قيمته . أصله إذا قطع يدي عبد [ضمن][2] القيمة[3] .

١٦١٤٦ - وذكر الطحاوي في الخلاف : وأنه لا يضمنه[4] ، فعلى هذا نقول تلف بعض منافعه ولم يتلف جميعها .

١٦١٤٧ - ولأن كل عين لو أتلفها وجب عليه بدلها ، جاز أن يجب قدر ذلك البدل بالجناية عليها مع بقاء عينها ، أصله إذا غصب طعامًا فأكله أو شيرجًا وعسلًا فاتخذه خبيصًا . ولأنه بالذبح فوت الروح فجاز تضمينه جميع القيمة كما لو قتله .

١٦١٤٨ - فإن قيل : هناك قد أتلف جميع منافعها[5] .

١٦١٤٩ - [قلنا][6] : لم نسلم ، لأنه بقي الجلد والشعر والعظم . ولأن العين مضمونة في يد الغاصب ببدلها ، فجاز أن يثبت لمالكها المطالبة ببدلها لأجل نقصانها كالمبيع في يد البائع إذا حدث به عيب .

١٦١٥٠ - فإن قيل : هناك ثبت الخيار بالعيب اليسير .

١٦١٥١ - قلنا : لأن المشتري يستدرك [فائدة][7] في المطالبة بالقيمة عند حدوث العيب الكبير ، وهو أخذ الثمن ، وفي الغصب لا يستدرك في المطالبة بالقيمة عند حدوث العيب اليسير فائدة ، لأن أرش العيب يدخل بين تقويم المقومين ، والعيب الكبير[8] لا يدخل بين تقويم المقوّمين فيغتفر استدراك الفائدة فيه ، وكذلك ثبت الخيار . وإن شئت

---

(١) في (ع) : [جمع] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) والصواب ما أثبتناه كما في (م) .

(٣) في (ص) : [العيد] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) : [أي ضمن قيمة العبد] .

(٤) قال أبو جعفر الطحاوي : الخرق الكبير المفسد يبطل عليه منافعه واليسير لا يبطلها فله تضمينه في الكبير ، إلا أنهم قالوا : لو قطع يد عبد لم يضمن جميع القيمة مع بطلان عامة منافعه فبطل الاعتبار الذي ذكرناه . انظر مختصر اختلاف العلماء (١٧٦/٤) .

(٥) وفي المغني مع الشرح الكبير (٣٨٦/٥) ولأنها جناية تنقص فأشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها ، وفي الشاة تلف جميعها ؛ لأن الاعتبار في الإتلاف في المجني عليه لا بغرض صاحبه ، لأن هذا إن لم يصلح لهذا صلح لغيره .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

(٧) كلمة فائدة ساقطة من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

(٨) وفي نسخة (ص) : [الكثير] والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) .

جعلت أصل العلة المهر في يد الزوج ، فلا تسلم المعاوضة لأنه لا يرد بالعيب اليسير

١٦١٥٢ - قالوا : البائع ضمن للمشتري سلامة المبيع من العيوب ؛ ولهذا يرد عليه بالعيب الموجود قبل البيع ، والغاصب لم يضمن سلامة العين من العيوب ، ولهذا لا يثبت للمالك الخيار بعده ، كما قبل الغصب .

١٦١٥٣ - قلنا [1] : البائع لم يضمن السلامة ، ولذلك اقتضى كون العيوب من ضمانه ، كما اقتضى كونها من ضمان الغاصب فلا فرق بينهما ، إلا أن العيب الحادث قبل الغصب كان في يد المالك فلا يثبت لأجله خيار له ، وفي البيع كان في يد البائع ، فيثبت الخيار لغيره . وهذا غير ممتنع .

١٦١٥٤ - احتجوا : بأنه أتلف جزءًا معينًا بجناية استقر أرشها فوجب أن لا يجب على الجاني إلا أرشها ، أصله الجناية اليسيرة [2] .

١٦١٥٥ - وقولهم : جزءًا معينًا احتراز من غصب عبد وفقء [3] [عين] [4] عبده[5] لأن التالف بالنار جزء غير معين [6] .

١٦١٥٦ - وقولهم : بجناية استقر أرشها - احتراز من الطعام إذا أكله ؛ لأن الجناية لم تستقر [7] .

١٦١٥٧ - الجواب : أن إتلاف الجزء المعين وغير المعين يتساويان في الضمان وكذلك في إيجاب الضمان ، وكذلك في كيفيته .

١٦١٥٨ - فأما قولهم : بجناية استقر أرشها فلا يصح ، لأن ما استقر من الجنايات قر أولَم يستقر سواء [8] .

١٦١٥٩ - ألا ترى أن العيب في الطعام يجوز ببدل ، فسقط الضمان ، فإذا ثبت له

---

(١) في (ع) ، (م) : [فقلنا بإضافة الفاء] .

(٢) انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٨٦/٥) وعبارته : لنا أنها جناية على مال أرشها دون قيمته ، فلم يملك المطالبة بجميع قيمته ، كما لو كان الشق يسيرًا .

(٣) في (ع) ، (م) : [وقعتا] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) عبده بدلًا من « بعقده » في غير (م) .

(٦) في (ع) : [جزءًا معينًا] وفي (م) : [جزءًا معنها بحذف غير في كليهما] ، والصواب ما أثبتناه .

(٧) كل ذلك شرح وتوضيح من قبل الإمام القدوري على الدليل قبل الرد عليه .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ لعل السياق يقتضيه .

المطالبة بجميع البدل في جناية لم تستقر ففيما استقر أولى .

١٦١٦٠ - وأصلهم الجناية اليسيرة ، والمعنى فيها أن أرشها يجوز أن يدخل بين تقويم المقومين فلا ينتقل استدراك الحق بالمطالبة بالبدل .

١٦١٦١ - وهذا لا يوجد في العيب الكبير ؛ لأنه لا يدخل بين تقويم المقومين فتيقن أنه يستدرك حقًّا بأخذ البدل ، فكذلك ثبت له المطالبة . ولهذا المعنى قلنا : يرد المبيع بالعيب اليسير ، ولا يرد المهر به .

١٦١٦٢ - قالوا : جناية على بهيمة أو حيوان فلا يجب على الجاني إلا أرش ما جنى . أصله : إذا قطع يد حر ، وإذا قلع عين دابة (١) .

١٦١٦٣ - قلنا : المعتق لنصيبه (٢) من العبد جنى على ملكه ، وضمن نصيب شريكه ، ولم يجب عليه ، ولأنه إذا ذبح الشاة فقد جنى على جميعها ؛ لأنه أبطل أكثر المقصود منها ، فلم يضمنه إلا ما جنى عليه .

١٦١٦٤ - فأما إذا قطع يد الحر فلأنه غير مضمون باليد ، وإنما يضمن بالإتلاف ، فما لم يتلف لم يضمن ، والغصب مضمون باليد فيجوز أن يضمن قيمته (٣) ما لم يتلف إذا دخله نقص ، وأما غير الدابة فغير مسلم على ما قاله الشيخ أبو عبد الله [رحمة الله عليه] (٤) .

• • •

---

(١) الحاوي الكبير (٧/١٤٠) وعبارته : « فإن كان بهيمة فإنه يردها ويرد معها نقص ما بين قيمتها سليمة وناقصة ، وسواء كان النقص بجناية أو حادثة ، وسواء كانت البهيمة ذات ظهر أو در » .

(٢) في (ص) ، (م) : [لنفسه بدلًا عن نصيبه] .

(٣) في (ص) : [رمته] وفي (ع) : [العبارة غير واضحة] وفي (م) : [غير موجودة أصلًا] لعل الصواب ما أثبتناه لأن السياق يقتضيه .

(٤) سبقت ترجمته في المسألة رقم (٧٩٠) . فقد ذكر الماوردي أدلة أخرى نذكرها إتمامًا للفائدة فقال : دليلنا : قوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ من الآية ١٩٤ من سورة البقرة . فإن اعتدى باستهلاك البعض لم يجز أن يتعدى عليه باستهلاك الكل ، ولأن ما لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أقله لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أكثره قياسًا على النقص المميز ، ولأن ما لم يكن تمييز بعضه موجبًا لغرم لم يكن عدم تمييزه موجبًا لغرم جميعه قياسًا على النقص الأقل . انظر الحاوي الكبير (٧/١٣٩) .

حكم قطع يدي العبد

١٦١٦٥ - قال أبو حنيفة رحمه الله : إذا قطع يدي عبد فالمالك بالخيار إن شاء ضمنه جميع القيمة وسلم العبد إليه ، وإن شاء أمسك العبد ولا شيء له [١] .

١٦١٦٦ - وقال الشافعي رحمه الله : يمسك العبد ويأخذ جميع قيمته [٢] .

١٦١٦٧ - لنا : أنها جناية على مملوك يصح تمليكه ، فلم يسلم للمالك بها جميع القيمة مع بقاء المجني على ملكه كالثوب [٣] .

١٦١٦٨ - ولا يلزم إذا قطع يدي مُدَبَّر [٤] ، لأنه يضمن ما نقص ، ولا يلزم إذا غصبه فأبق منه ، لأن الغصب لا يقال : إنه جناية في الإطلاق ولأنه مملوك لا يصح تمليكه .

---

(١) الهداية (٢١١/٤ - ٢١٢) ، البناية على الهداية (٣٠٥/١٠ - ٣٠٦) ، بدائع الصنائع (٤٤٧/٩) ، مجمع الأنهر (٦٧٢/٢) وعبارة الزمخشري : « إذا غصب عبدًا ثم فقأ عينيه أو قطع يديه يلزمه تمام القيمة ، وإذا أدى قيمته يصير العبد مملوكًا للغاصب عندنا » . وفي مجمع الأنهر : « وفي يد الرقيق نصف القيمة كما أن في يد الحر نصف ديته قال الإمام : إن شاء المولى دفعه إليه وأخذ قيمته ، وإن شاء تركه » . ويلاحظ أن الإمام القدوري ذكر رأي الإمام أبي حنيفة رحمه الله فقط ، ولم يتعرض لرأي الصاحبين في هذه المسألة وفي الهداية إشارة لذلك ، ففيها : « ومن فقأ عين عبد فإن شاء المولى دفع عبده وأخذ قيمته وإن شاء أمسكه ولا شيء له من النقصان عند الإمام . وقال الصاحبان : إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه ، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته » . وبقول الإمام أبي حنيفة قال المالكية ؛ فقد جاء في الذخيرة : إن قطع يدي العبد أو رجليه فللسيد الخيار في تسليم العبد وأخذ القيمة » . أو يمسك العبد ولا شيء له » . انظر كتاب الذخيرة للقرافي (٢٩٢/٨) .

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٤١/٧) ، روضة الطالبين (٣٢/٥) ، الوجيز (٢٠٧/١ - ٢٠٨) وبقول الشافعي قالت الحنابلة . جاء في المغني مع الشرح الكبير : إذا غصب عبدًا ، وقطع خصيتيه أو يديه أو ذكره أو لسانه أو ما تجب فيه الدية من الحر لزمه رده ورد قيمته كلها نص عليه أحمد » . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٨٩/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٧/٢) ، المبدع (١٦٤/٥) .

(٣) في (ع) ، (م) : [بالثوب] .

(٤) المدبر : هو الذي أعتق عن دبر أي بعد موت المولى وهو الذي قيل له أنت حر بعد موتي أو إذا مت فأنت حر . المدبر لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك ، لأنه ملك نفسه من وجه . انظر لسان العرب (١٣٢١/٢) مادة دبر وطلبة الطلبة ص١٠٧ و ١٦١ والبناية على الهداية (٣٠٧/١٠) .

١٦١٦٩ - ولأنه معنى يجب به جميع قيمة المملوك القن [1] فيجب تسليمه إذا سلمت القيمة له . أصله إذا وطئ جارية / ابنه وادعى حملها .

١٦١٧٠ - فإن قيل : هناك القيمة بدل العين [2] .

١٦١٧١ - [قلنا] [3] : لم نسلم ، لأن في الموضعين القيمة بدل عن الرقبة عندنا .

١٦١٧٢ - فإن قيل : ضمان الإحبال لو حصل من جزء من الرقبة اقتضى نقل الملك من ذلك الحر في بدل الجارية المشتركة إذا وطئها أحد الشريكين ، فكذلك إذا حصل في جميعها ، وضمان الجناية لو حصل في إحدى اليدين لم ينتقل شيء من الرقبة ، كذلك إذا حصل في جميعها .

١٦١٧٣ - قلنا : الاستيلاد في الجارية المشتركة دليلنا ، لأنه ضمان بدل جميع ما هو على ملك الغير ، فهو كمسألتنا .

١٦١٧٤ - فأما الجناية على إحدى اليدين فليست بسبب لضمان جميع ما هو على ملك الجاني ، فصار كضمان العقد في الوطء فلا ينقل به شيء من الرقبة ، وإن شئت قلت : إنه سبب يضمن به جميع ما هو على ملك الغير الذى يصح تمليكه فصار كوطء أحد الشريكين إذا ادعى الولد .

١٦١٧٥ - ولأن قدر قيمة العبد إذا وجب بالجناية أوجب زوال الملك عن الرقبة كالقتل .

١٦١٧٦ - ولأن كل عين لو أُتلفها ضمن بدلها ، فإذا استوفى قدر بدلها بالجناية وهي مما يملك وجب تسليمها إليه . أصله إذا خلط الزيت بالأرز .

١٦١٧٧ - ولأن ملك المولى من العبد مقدارُ قيمته ، بدلالة أنه لو كان للتجارة لم يجب أكثر من ذلك ، فلو ضمناه جميع القيمة وأبقيناه [4] على ملكه زاد ملكه بالجناية ، والجناية ليست من أسباب زيادة الأموال .

---

(١) القن : الرقيق الذي لم ينعقد له سبب عتق . وجاء في الصحاح : القن : العبد إذا مُلِك هو وأبوه ، يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث ، ويجمع على أقنة وقيل هو المملوك كلًّا . انظر المصباح المنير (٧٩٨/١) والصحاح للجوهري (٢١٨٤/٦) وأنيس الفقهاء للقاسم القونوي ص١٥٢ وطلبة الطلبة ص١٠٧ .

(٢) في (ع) ، (م) : [اليدين] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، والسياق يقتضيه .

(٤) في (ع) ، (م) : [معيناه] .

١٦١٧٨ - ولأن القيمة [بدل عن الرقبة ، بدلالة أن المملوكات لا يجوز أن يكون جميع قيمتها بدلًا عن أجزائها التامة ، لأن القيمة] [١] لو كانت بدلًا عن اليدين لوجب بإتلاف الرقبة جميع القيمة كالحر إذا قطعت يداه [٢] .

١٦١٧٩ - ولما كانت الذمة في مقابلة الدين لم ينتقص بدل النفس بالقتل ، وإذا ثبت أنها بدل [من] [٣] اليدين ، فلو استوفى القيمة ولم يسلم العبد اجتمع في ملكه العوض والمعوض فيما يصح تمليكه بالعقود ، وهذا لا يصح كالمبيع والثمن .

١٦١٨٠ - ولا يلزم إذا شرط تعجيل الأجرة في الإجارة فتعجلها ؛ لأن المنافع ليست على ملك المؤجر .

١٦١٨١ - فإذا حدثت ملكها المستأجر فلم يجتمع على ملك المؤجر البدل والمبدل .

١٦١٨٢ - ولا يلزم إذا جنى العبد في يد الغاصب [٤] ثم رده على مولاه فجنى ، فدفعه المولى بالجنايتين ، ويرجع على الغاصب بنصف قيمته إن كان ولي الجناية الأولى يأخذ نصف القيمة [وهو بدل عن النصف الذي سلم إليه فيجتمع له البدل والمبدل ؛ وذلك لأن المولى يأخذ نصف القيمة] [٥] من الغاصب بدلًا عن نصف العبد ، وقد خرج ذلك عن ملكه ثم يأخذه ولي الجناية الأولى بدلًا عما سقط حقه عنه من رقبة العبد بالمزاحمة ، وأما أن يأخذه بدلًا عما يسلمه فلا ، فإذًا لم يجتمع له البدل والمبدل .

١٦١٨٣ - احتجوا : بأنها جناية على ملك ، فوجب أن لا يكون من شرط أخذ أرشها تسليم المجني عليه ، كما لو كان أرشها دون قيمة الملك [٦] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٢) انظر مجمع الأنهر (٦٧٢/٢) .

(٣) في جميع النسخ يظهر أنه حر والسياق يقتضي أن يكون من .

(٤) في الهداية (٢١٤/٤) : « ومن غصب عبدًا فجني في يده ، ثم رده فجنى جناية أخرى ، فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين ، ثم يرجع إلى الغاصب بنصف القيمة ، فيدفعه إلى الأول ، ويرجع به على الغاصب . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يرجع بنصف القيمة فيسلم له » .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٤١/٧) وعبارته « ودليلنا من وجهين : أحدهما : أن الجاني لا يملك العبد بجنايته والثاني : أنها قد توجب أكثر من قيمته . أما الدلالة على أن الجاني لا يملك العبد بجنايته فهو أن كل ما لم يُمَلَّكْ به غير العبد لم يُمَلَّكْ به العبد كالغصب . ولأن كل من يملك بالجناية على نصفه لم يملك بالجناية على أكثره كالمدبر وأم الولد والمكاتب ، ولأنها جناية على عبد فلم يجز أن يُمَلَّكَ بها قياسًا على من لم يزد أرشه على النصف » .

١٦١٨٤ - قلنا : لا يمتنع أن يكون أخذ الأرش تمليك الضامن ، ألا ترى أن رجلًا لو قطع يد العبد المغصوب كان للمالك [أن] [١] يضمن الغاصب ، ويملك بالضمان الأرش على القاطع ثم المعنى في الجناية إذا كانت توجب بعض القيمة أنه يجوز أن يجتمع على ملك الإنسان . بعض البدل مع بقاء المملوك على ملكه ، كما يأخذ المشتري أرش العبد مع كون المبيع على ملكه .

١٦١٨٥ - ولا يجوز أن يرجع بجميع الثمن في الاستحقاق مع بقاء المبيع على ملكه . كذلك في مسألتنا . ولأن العبد لا يصير مستهلكًا بقطع إحدى اليدين ، فبقي ملك المولى فيه مع الضمان وقطع اليدين استهلاك .

١٦١٨٦ - ولأن منفعة الجنس تُعْدَمُ فصار كتلفه ، ولا يجوز أن يبقى على ملكه مع السبب الذي يضمن به جميع بدله .

١٦١٨٧ - قالوا : كل عضوين يجب في كل واحد منهما على الانفراد أرش وجب فيهما معا أرش كل واحد كالإصبعين ويدي الحر [٢] .

١٦١٨٨ - قلنا : الواجب بإحدى اليدين بعض بدل الجملة ، وذلك لا يجوز أن يجب في أبعاض المملوكات .

١٦١٨٩ - فأما الحر فدليلنا ؛ لأن الدية لما وجبت في يديه لم يؤثر في نقصان بدل نفسه ، وقد التزم مخالفونا في هذه المسألة إذا قطع اثنان كل واحد منها إحدى اليدين .

١٦١٩٠ - وهذا لا يلزم لأنهما إن قُطِعا معا وجب بقطعهما جميع القيمة ، وكان من شرط ضمانهما تسليم العبد إليهما ، وإن [٣] قطع إحداهما بعد الأخرى فالواجب بالجناية أولى من نصف القيمة ، فلا يجب التسليم .

• • •

---

(١) ما بين المعكوفين ساقط من جميع النسخ .

(٢) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٤١/٧) وعبارته « وكل ما كان مقدرًا في الحر من ديته كان مقدرًا في العبد من قيمته ؛ فعلى هذا في يدي العبد قيمته لأن في يدي الحر ديته ، وفي إحدى يديه نصف قيمته ؛ لأن في إحدى يدي الحر نصف ديته ، وفي إحدى أصابعه عشر قيمته ؛ لأن في إحدى أصابع الحر عشر ديته » .

(٣) في (ع) ، (م) : [لأن] .

مسألة ٨٠٤

ارش عين الفرس

١٦١٩١ - قال أبو حنيفة : في عين الفرس ربع قيمته ، وفي عينيه جميع قيمته استحسانًا [١] .

١٦١٩٢ - وقال الشافعي : فيها النقصان [٢] .

١٦١٩٣ - لنا : ما روى منصور [٣] عن إبراهيم [٤] قال : كتب قاضي البصرة [٥]

(١) الجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن ص٥١٧ ط عالم الكتب ، الهداية (٢٠٢/٤) ، البناية على الهداية (٢٥٦/١٠) . جاء في الجامع الصغير « وفي عين بقرة الجزار وعين جزورها ربع قيمتها ، وكذلك عين الحمار والبغل والفرس . وقال أبو يوسف : على الغاصب ما نقصه في جميع البهائم اعتبارًا بالشاة » . وقوله : «استحسانًا » إشارة أنه مخالف القياس على الشاة ، فإن المقصود منها اللحم ، وفقء العين لا يفوته بل هو عيب يسير فيلزمه نقصان المالية . البناية على الهداية (٢٥٧/١٠) .

(٢) الحاوي الكبير (١٣٩/٧ - ١٤٠) ، الوجيز (٢٠٨/١) ، حلية العلماء (٢٢٤/٥) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٤٥/١٤) . قال الغزالي في الوجيز « ولا يجب في عين البقرة والفرس إلا أرش ما نقص » وبقول الشافعية قال الإمام مالك وأحمد بن حنبل في رواية . وجاء في بداية المجتهد : يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص من ثمنها ، قياسًا على التعدي في الأموال ، جاء في المغني مع الشرح الكبير أن الأرش قدر نقص القيمة في جميع الأعيان ، وروي عن الإمام أحمد رواية أخرى توافق قول الإمام أبي حنيفة ، ونصره القاضي وأصحابه ، ولكنها مقصورة على العين الواحدة من الفرس والبغل والحمار فقال : إن الدابة تضمن بربع قيمتها ، فإنه قال في رواية أبي حارث في رجل فقأ عين دابة لرجل عليه ربع قيمتها ، قيل له : فقأ العينين ، قال : إذا كانت واحدة فقال عمر : ربع القيمة ، وأما العينان فما سمعت فيهما شيئًا يدل على أن الإمام أحمد أوجب مقدارًا في العين الواحدة من الدابة ، وهي الفرس والبغل والحمار خاصة ، للأثر الوارد فيه . وما عدا هذا يرجع إلى القياس . انظر ذلك في بداية المجتهد (٣٢٤/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٨٦/٥) ، الشرح الكبير مع المغني (٤٠٢/٥) ، المبدع (١٦٥/٥) .

(٣) هو الحافظ منصور بن المعتمر أبو عتاب السلمي الكوفي من كبار تابعي التابعين ، حدث عن إبراهيم النخعي وسعيد بن جبير وغيرهما وحدث عنه خلق كثير منهم شعبة والسفيانان ، قيل : أصح الأسانيد مطلقًا سفيان عن منصور عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود ، له فضائل كثيرة . قال عبد الرحمن بن مهدي : لم يكن بالكوفة أحفظ منه ، توفي تلك السنة ١٣٢هـ . انظر سير أعلام النبلاء (٤٠٢/٥ - ٤١٢) ، العبر (١٣٦/١) ، تهذيب التهذيب (٢٧٧/١٠) ، تهذيب الأسماء واللغات (١١٤/٢ - ١١٥) .

(٤) سبق ترجمته .

(٥) هو القاضي هشام بن هبيرة بن فضالة الليثي قاضي البصرة من العلماء بالتشريع وكان قليل الحديث . استقضاه =

إلى شريح يسأله عن عين الدابة إذا أصيبت [ما فيها ؟ فقال : قضى عثمان (١) ﷺ على عين الدابة إذا أصيبت ربع] (٢) قيمتها (٣) .

١٦١٩٤ - وروي عن شريح قال : كتبت إلى عمر في ذلك فكتب : إنا كنا ننزلها بمنزلة عين الآدمي ، إلا أنه أجمع رأينا على أن فيها ربع الثمن .

١٦١٩٥ - وروى الحكم (٤) عن عمر وعلي ﷺ أنهما قالا : في عين الدابة ربع

= عبد الله بن الزبير سنة ٦٤ هـ وهو شاب ، فكتب إلى شريح : إني استعملت على القضاء على حداثة سني وقلة علمي بكثير منه ، وإنه لا غناء بي عن مشاورة مثلك . ثم جاء ليسأله فيما يعرض له ، وعزل وأعيد إلى أن قتل مصعب بن الزبير سنة ٧١هـ . وتنحي قليلًا وأعيد بعد تولية الحجاج بن يوسف على العراق فلم يلبث أن مات وهو على القضاء سنة ٧٥هـ . انظر طبقات ابن سعد (١٥١/٧) ، النجوم الزاهرة (١٨٠/١ - ١٨٤) ، الأعلام (٨٩/٨) .

(١) هو أمير المؤمنين وثالث الخلفاء الراشدين ، وأحد العشرة المبشرين بالجنة ، وأحد أصحاب الشورى الستة عثمان بن عفان الأموي القرشي ذو النورين ، جمع الأمة على مصحف واحد بعد الاختلاف ، هاجر إلى الحبشة ثم إلى المدينة ، كان من السابقين الصادقين المنفقين في سبيل الله ، ولد في السنة السادسة بعد عام الفيل تولى الخلافة غرة محرم سنة ٢٤هـ واستشهد مظلومًا سنة ٣٥هـ وله بضع وثمانون سنة يوم الجمعة في ذي الحجة وصلى عليه جبير ، تزوج رقية بنت رسول الله ﷺ قبل النبوة ثم تزوج أختها أم كلثوم بعد وفاتها ، ودفن ليلًا بالبقيع . وروى عن النبي ﷺ ١٤٦ حديثًا ، وروى عنه زيد بن خالد الجهني وابن الزبير والسائب بن يزيد وغيرهم من الصحابة ، وروي عنه التابعيون منهم أبان بن عثمان وعبيد الله بن عدي وغيرهما وحج بالناس عشر سنين في خلافته . انظر : أسد الغابة (٤٨٠/٣ - ٤٩٢) ، الإصابة (٤٦٢/٢ - ٤٦٣) ، طبقات الحفاظ (٨/١ - ١٠) ، العبر (٢٦/١) ، تهذيب الأسماء واللغات (٣٢١/١ - ٣٢٦) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) في (ص) : [ثمنها] ، والأصح ما أثبتناه ليوافق ما في المسألة كما في (ع) ، (م) . انظر المصنف لابن أبي شيبة (٢٧٥/٩ ، ٢٧٦) روى عن الشعبي قال : كتب هشام بن هبيرة قاضي البصرة إلى شريح يسأله عن عين الدابة فكتب إليه : أن في عين الدابة ربع ثمنها . وانظر أيضًا مصنف عبد الرزاق (٧٦/١٠ و٧٧ رقم ١٨٤١٧ عن معمر عن أيوب عن ابن سيرين قال : قضي شريح في عين الدابة إذا فُقِئَتْ بربع ثمنها إذا كان صاحبها قد رضي ثمنها وإن شاء شراها ، قال معمر : بلغني أن عمر بن الخطاب قضي بذلك . انظر أيضًا نصب الراية في أحاديث الهداية للزيلعي (٣٨٨/٤) وتلخيص الحبير (٥٥/٣) . وعلاوة على ذلك فإن زيد بن ثابت روى عن رسول الله ﷺ : أنه قضي في عين الدابة ربع ثمنها . انظر مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي (٢٩٨/٦) إلا أن الإمام البيهقي قال : إنه منقطع . انظر السنن الكبرى (٩٨/٦) . يلاحظ أن عمر بن الخطاب قضى بذلك ، وشريح القاضي قضى بذلك أيضًا في خلافة عثمان كما أن رسول الله ﷺ قضى بذلك من قبل ، إلا أننا لم نعثر على قضاء عثمان في ذلك كما ذكر الإمام القدوري .

(٤) هو الفقيه الحكم بن عتيبة ، عالم كبير من أهل الكوفة ، أبو محمد الكندي ، حدث عن شريح القاضي وعبد الرحمن بن أبي ليلي وإبراهيم النخعي وسعيد بي جبير وطاووس وعكرمة ومجاهد وعلي بن الحسين وعطاء =

القيمة (١) ووجه الاستدلال أن عمر ﷺ حكى عنه الإجماع .

١٦١٩٦ - ولأن عمر وعليًا ﷺ اتفقا على هذا الحكم من غير خلاف (٢) .

١٦١٩٧ - ولأن هذا الحكم لا يستدرك من جهة القياس ، فإذا قاله الصحابة (٣)

= ابن أبي رباح وخلق سواهم . وروي عنه منصور والأعمش والأوزاعي وشعبة وآخرون . ولد في نحو سنة ٤٦هـ . قال سفيان بن عيينة : ما كان بالكوفة مثل الحكم وحماد بن أبي سليمان . مات الحكم سنة ١١٥هـ على المشهور . انظر سير أعلام النبلاء (٢٠٨/٥ - ٢١٢) ، تهذيب الكمال (١١٤/٧ - ١٢٠) ، شذرات الذهب (١٥١/١) ، تذكرة الحفاظ (١١٧/١) . ويلاحظ أن شريح القاضي قد روى عن عمر وعلي فيحتمل أنه يروى موقوفًا عليه ما روى القاضي شريح عنهما .

(١) روى البيهقي عن عمر بن الخطاب في عين الدابة ربع ثمنها ، وعلق عليه فقال : هذا منقطع . روي عبد الرزاق في مصنفه عن ابن جريج عن عبد الكريم أن عليًا ﷺ قال في عينها الربع . وروي ابن أبي شيبة عن شريح قال : أتاني عروة البارقي من عند عمر أن في عين الدابة ربع ثمنها . انظر السنن الكبري للبيهقي (٩٨/٦) ، مصنف عبد الرزاق (٧٧/١٠) رقم ١٨٤٢١ ، مصنف ابن أبي شيبة (٢٧٥/٩ ، ٢٧٦) ، نصب الراية (٧٧/٤) كتاب الديات باب في عين الدابة . بناء على ذلك فقد ثبت أن عمر وعليًا قالا ذلك .

(٢) هذا إجماع سكوتي وهو اطلاع أهل الحل والعقد على حكم شرعي مع سكوتهم عن إنكاره ، وصورته : أن يقول بعض أهل الاجتهاد بقول وينتشر ذلك القول بين المجتهدين من أهل الحل والعقد في ذلك العصر ولا يظهر منهم اعتراف ولا إنكار ، وفيه أكثر من ثلاثة عشر مذهبا . منها أنه ليس بإجماع ولا حجة ، وهو قول داود وابنه . وعزاه جماعة إلى الشافعي وعيسى بن أبان والباقلاني وبعض أصحاب مالك ، الثاني : أنه إجماع وحجة ، وهو قول أكثر الحنفية . وقال الباجي : هو قول أكثر المالكيين والقاضي أبي الطيب وأبي إسحاق وأكثر أصحاب الشافعي وأحمد بن حنبل . الثالث : أنه حجة ، وليس بإجماع ، حكاه أبو الحسين في المعتمد عن أبي هاشم بن علي الجبائي ، وهذا أحد الوجهين عند الشافعية . واختار الآمدي أنه إجماع ظني يحتج به ، أيده ابن الحاجب والكرخي من الحنفية . الرابع . أنه إجماع بشرط انقراض العصر ، وبه قال أبو علي الجبائي وأحمد بن حنبل في رواية عنه . وقال الشيخ أبو إسحاق في اللمع : إنه المذهب . الخامس : أنه إجماع إن كان فتيا لا حكمًا ، وبه قال ابن أبي هريرة . السادس : إن كان في عصر الصحابة كان إجماعًا وإلا فلا . انظر البحر المحيط (٤٩٤/٤ - ٥٠١) ، المستصفي (١٢١/١) ، الإحكام للآمدي (١٢٩/١) ، شرح العضد على مختصر المنتهى (٣٧/٢) ، شرح الإسنوي (٣٧٥/٢) التقرير والتحرير (١٠١/٣) والتمهيد للإسنوي ص٤٥١ - ٤٥٢ . تيسير التحرير لأمير بادشاه (١٣٣/٣ (وإرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول للشوكاني (٣٢٦/١ - ٣٣٠) .

(٣) الصحابي من لقي رسول الله ﷺ وكان مؤمنًا ومات على الإسلام وواحده الصحابي وقال الفيومي : والأصل في هذا الإطلاق لمن حصل له رؤية ومجالسة . انظر المعجم الوسيط (٥٠٦/١) ، المصباح المنير (٤٥٤/١) . والمراد بقول الصحابة هو مذهبه في المسألة الاجتهادية ، وهو ما نقل إلينا عن أصحاب رسول الله ﷺ من الفتاوى والقضايا التي لم يكن فيها نص من كتاب أو سنة ولم يحصل عليها إجماع . وقد اتفق العلماء على حجية قول الصحابي والعمل به إذا كان فيما لا يدرك بالرأي والاجتهاد ؛ لأن الظاهر أن يكون من سماع عن رسول =

حمل على التوقيف (١) .

١٦١٩٨ - ولا يجوز أن يقال : يحتمل أنهما أوجبا النقصان ، فبلغ هذا القدر كما روى عن أبي بكر (٢) وزيد (٣) ﷺ أنهما قالا : في العين القائمة ثلث الدية (٤) ، لأن

= الله ﷺ فهو من قبيل السنة والسنة من الأدلة الشرعية باتفاق المسلمين ، والأخذ بقول الصحابي دليل عند الإمام أبي حنيفة ، ثم اختلف العلماء في الأخذ بقول التابعين ومن بعدهم من المجتهدين ؛ فذهب الأشاعرة والمعتزلة والشافعي في أحد قوليه وأحمد في إحدى الروايتين عنه والكرخي من الحنفية إلى أنه ليس بحجة . وذهب مالك بن أنس والرازي والبردعي من الحنفية والشافعي في قول وأحمد بن حنبل في رواية له إلى أنه حجة مقدمة على القياس . وذهب قوم إلى إنه إن خالف القياس فهو حجة وإلا فلا ، وذهب قوم أخر إلى أنه حجة في قول أبي بكر وعمر دون غيرهما . واختار ابن الحاجب وأيده الآمدي : أنه ليس بحجة مطلقًا ، مستدلين بقوله تعالى : ﴿ فَإِن تَنَٰزَعۡتُمۡ فِي شَيۡءٖ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ ﴾ الآية ٥٩ سورة النساء . وجه الدلالة أن الله أوجب الرد عند الاختلاف إلى الله والرسول ؛ فالرد إلى مذهب الصحابي يكون تركًا للواجب ، وهو ممتنع . انظر الإحكام في أصول الأحكام للآمدي بحقيق د . سيد الجميلي ط دار الكتاب العربي ، لبنان (٤/١٥٥ - ١٥٦) ، تيسير التحرير (٣/١٣٣) ، منتهي السول والأمل في علمي الأصول والجدل ص٢٠٦ ط دار الكتب العلمية بيروت ، الأدلة المختلف فيها وآثارها في الفقه الإسلامي د . عبد الحميد أبو المكارم إسماعيل ص٢٨٢ - ٢٨٦ .

(١) فإنه كالمرفوع ، لأنه لا يدرك بالرأي . انظر تيسير التحرير (٣/١٣٣) ، كشف الأسرار (٢/١٧٣) ، البحر المحيط (٤/٣٠٣) .

(٢) هو الصحابي الجليل أول الخلفاء الراشدين عبد الله بن عثمان أبو بكر الصديق ﷺ ولد بعد عام الفيل بسنتين وستة أشهر صحب النبي ﷺ قبل البعثة وكان أول من أسلم من الرجال ، وأسلم على يديه جماعة لمحبتهم له ، ورافقه في الهجرة إلى المدينة ، وكان ثاني اثنين في الغار ، وشهد بدرًا والغزوات كلها ، وحج بالناس في حياة الرسول ﷺ سنة ٩هـ توفي ﷺ يوم الجمعة لسبع بقين من جمادي الآخرة سنة ١٣هـ وصلى عليه عمر بن الخطاب ودفن بالبقيع . انظر أسد الغابة (٢/٢٠٥ - ٢٢٩) ، الإصابة (٢/٣٤١ - ٣٤٤) ، الاستيعاب (٤/١٧) ، تذكرة الحفاظ (١/٢ - ٥) .

(٣) هو الصحابي الجليل زيد بن ثابت الأنصاري الخزرجي المقرئ ، كاتب الوحي للنبي ﷺ ، أمره النبي ﷺ أن يتعلم خط اليهود ، حفظ القرآن الكريم وأتقنه وشهد الخندق وما بعدها من الغزوات ، وانتدبه الصديق لجمع القرآن فجمعه ثم عينه عثمان لكتابة المصحف ثقة بحفظه وأمانته واستخلفه عمر بن الخطاب على المدينة ثلاث مرات ، مرتين في حجين ومرة في مسيرة إلى الشام ، وكان عثمان يستخلفه أيضًا إذا حج . مات ﷺ سنة ٤٥هـ . انظر أسد الغابة (٢/١٢٦ - ١٢٧) والاستيعاب (٢/٥٣٧) ، الأعلام (٣/٩٥ - ٩٦) ، تهذيب التهذيب (٣/٣٤٤) .

(٤) روي عبد الرزاق في مصنفه (٩/٢٢٤) رقم ١٧٤٤١ و ١٧٤٤٢ عن قتادة قال قضي عمر بن الخطاب في العين القائمة إذا فقئت بثلث ديتها ، وروي عن ابن عباس مثله ، وروى البيهقي في السنن الكبرى (٨/٩٨) عن قتادة عن عبد الله بن بريدة عن يحيى بن يعمر عن ابن عباس عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه قال : في العين =

قول عمر ﷺ : كنا ننزلها بمنزلة عين الإنسان ينفي هذا ، ولأنه كتب بذلك في دابة لم يشاهدها ، فلا يجوز أن يكون قوم بعضها وهو [لا] [١] يعرفها ، ولأنه حيوان يستحق بنفسه جزءًا من المغنم ، فوجب أن يكون في أعضائه ما يتقدر أرشه شرعًا كالعبد .

١٦١٩٩ - ولأن ما [لا] [٢] يؤكل أحد نوعي الحيوان ، فوجب أن يكون فيه ما يتقدر أرش عينه كما يؤكل [٣] .

١٦٢٠٠ - فإن قالوا : فوجب أن لا يتقدر أرش عينه بربع قيمته .

١٦٢٠١ - قلنا : هذا فرض في صحة التقدير ، والكلام في نفس التقدير . ولأنه لو قال حيوان استقل الحكم به ، فلا يحتاج إلى قوله أحد نوعي الحيوان .

١٦٢٠٢ - احتجوا : بأنها جناية على بهيمة فلم يجب بها مقدار كما لو قطع يدها ، ولأن كل حيوان لا يجب في أطرافه المقدَّرَ لم يجب في عينه مقدَّرٌ كالغنم ، ولأن عين الدابة لو تقدرت لتقدرت بنصف قيمتها كعين العبد [٤] .

١٦٢٠٣ - الجواب : أن القياس في هذه المسألة مسلم ، وإنما تركناه لقضاء الأئمة المهديين ، والرجوع إلى قولهم عندنا أولى من القياس [٥] . وليس إذا لم يتقدر أرش اليد لم يتقدر أرش العين . لأن الحر تتقدر أطرافه ، ثم يكون فيها ما لا يتقدر كاليد الشلاء ،

= القائمة والسن السوداء واليد الشلاء ثلث الدية . وروي عن الشافعي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن بكير بن عبد الله عن سليمان بن يسار أن زيد بن ثابت قضى في العين القائمة إذا طفئت بمائة دينار . وقال مالك : ليس على هذا العمل . إنما فيها الاجتهاد . وعن إبراهيم النخعي : أنه قال في العين القائمة واليد الشلاء ولسان الأخرس حكومة عدل . وفي مصنف ابن أبي شيبة (٢٠٧/٩) رقم ٧١١٣ عن قتادة عن ابن هريرة عن يحيى ابن يعمر عن ابن عباس قال : في العين القائمة إذا نخست ثلث ديتها . فإن قلع العين القائمة وهي التي بقيت صورتها وهيأتها وذهب بصرها فقد أجمع على وجوب حكومة عدل . انظر كتاب الدية بين العقوبة والتعويض في الفقه الإسلامي د . عوض أحمد إدريس ص٢٨٢ ط دار الهلال بيروت .

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) في (ع) ، (م) : [لا يؤكل] .

(٤) « العبد » بدل من « الدابة » في جميع النسخ وإنما أبدلناها لأن عين العبد هي التي تقدر بنصف قيمته ولا يكون المقيس والمقيس عليه شيئًا واحدًا . انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٤٠/٧) .

(٥) قال ابن قدامة : هذا إجماع يقدم على القياس . وبناء على النص سالف الذكر عن الإمام أبي حنيفة فإن قول الصحابي يقدم على القياس ، حيث إن القياس نوع من الاجتهاد . قال أبو سعيد البردعي : إن تقليد الصحابي واجب يترك به القياس ، لاحتمال السماع . انظر تيسير التحرير (١٣٣/٣) وكشف الأسرار للنسفي (١٧٤/٢) والمغني مع الشرح الكبير (٣٨٧/٥) .

ولا يمنع ذلك من تقدير الباقي [١] ، ولأن الفرس كثرت منافعها فأخذ شبها [من الآدمي شبهًا] [٢] من الشاة فأعطيناه الشبه من الأصلين فقدرنا عينه ولم نقدر بقية أطرافه . فأما الشاة فلا ينتفع بها إلا من حيث اللحم ، والفرس ينتفع بعينه وظهره ، فلكثرة منافعه وجب تقدير أرش بعض أعضائه [٣] .

• • •

---

(١) في (ع) ، (م) : [الثاني] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) لأن بعض البهائم عاملة كالآدمي فينتفع بها ، ولأن في الفرس مقاصد أخرى سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل ، فمن وجه الزينة والجمال تشبه الآدمي ، وقد تمسك للأكل ، ومن هذا الوجه تشبه المأكولات ، فعملنا بالشبهين فيشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف . وأما القياس على الشاة فقياس مع الفارق ، فإن المقصود من الشاة اللحم وفقء العين لا يفوته ، بل هو عيب يسير فيلزم نقصان المالية . انظر البناية على الهداية (٢٥٧/١٠) .

حكم زيادة العين المغصوبة

١٦٢٠٤ - قال أصحابنا : إذا زادت العين المغصوبة في يد الغاصب ثم نقصت لم يضمن الزيادة وإن استهلك هذه الزيادة .

١٦٢٠٥ - فذكر الطحاوي عن أصحابنا [1] [من الإملاء] [2] عن أبي يوسف عن أبي حنيفة : [أنه لا تضمن الزيادة إلا أن يكون الاستهلاك قتلًا .

١٦٢٠٦ - وروى محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة] [3] أنه تضمن الزيادة بالاستهلاك [4] .

١٦٢٠٧ - وقال الشافعي رحمه الله : إذا غصب جارية تساوي مائة فزادت في يده بالتعليم أو

(١) في (ع) ، (م) : [أصحابنا] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) وأصحاب الإملاء الذين يطلق عليهم ذلك في اصطلاح العلماء هم من يقعدون حول العالم بالمحابر بالقراطيس فيتكلم العالم ويكتب التلاميذ فيصير كتابًا ، ويسمونه الإملاء والأمالي . وكذلك كان السلف من الفقهاء والمحدثين وأهل العربية فقد ترك علماؤنا الأجلاء كتبًا كثيرة بهذه الطريقة ، منها كتاب الأمالي لمحمد بن الحسن ، والأمالي لأبي يوسف ، وكذا الإملاء للإمام الشافعي ، والأمالي لقاضيخان . انظر مجموعة رسائل ابن عابدين (١٧/١) وكشف الظنون (١٦٢/١) وأسماء الكتب والمتمم لكشف الظنون تأليف عبد اللطيف بن محمد تحقيق وتوضيح د . محمد التونجي ص٦٤ - ٦٥ ط مكتبة الخانجي بمصر .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) انظر مختصر الطحاوي ص١١٧ - ١١٨ ، الهداية (١٩/٤) ، تبيين الحقائق (٢٣٢/٥) ، بدائع الصنائع (٦٦٥/٧) ، رؤوس المسائل ص٣٥٢ - ٣٥٣ . وعبارة الطحاوي « ولا ضمان عليه في زيادة إلا أن يكون استهلكها ، فيجب عليه ضمانها باستهلاكها إياها . كذا روي محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنه ، وقد روي أصحاب الإملاء عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه قال : لا يجب على الغاصب ضمان الزيادة ، وإن استهلكها ، إلا أن يكون المغصوب عبدًا فيقتله بعد الزيادة خطأً ، فيختار المغصوب تضمين عاقلة الغاصب بالجناية بأن يضمنها قيمة العبد زائدة . وأما أبو يوسف ومحمد فقولهما في ذلك مثل القول الأول من القولين الأولى اللذين روياهما عن أبي حنيفة لا اختلاف عنهما فيه وبه نأخذ . وبقول الإمام أبي حنيفة في عدم ضمان زوائد المغصوب قال المالكية . جاء في الذخيرة : زوائد العين المغصوبة في يد الغاصب كالسمن وتعلم الصنعة وعلو القيمة ثم يذهب ذلك لا يضمنه الغاصب ، وتأخذ سلعتك ولا شيء لك ، وكذلك الولد بخلاف ما كان عند الغصب . انظر الذخيرة للقرافي (٢٩٣/٨) ، التفريع لابن الجلاب (٢٧٨/٢) .

بالسمن حتى صارت تساوي ألفًا ، ثم نقصت حتى صارت تساوى مائة فإنه يأخذها وتسعمائة معها ، كما لو غصبها وفي تساوى ألفا فنقصت [1] .

١٦٢٠٨ – لنا : أنها زيادة لم تعتبر بالغصب فلا تضمن بفواتها في يد الغاصب ، كما لو زاد سعرها ثم نقصت ، أو كانت زيادة القيمة عند الغاصب [2] ثم نقصت فردها .

١٦٢٠٩ – فإن قيل : زيادة القيمة لو كانت موجودة عند الغصب لم يضمنها . كذلك إذا حدثت وزيادة البدن بخلاف ذلك .

١٦٢١٠ – قلنا : إذا جنى على زيادة السعر حال الغصب لم يصح هذه المعاوضة ثم الزيادة حال الغصب لا تضمن ، لأنها غير مغصوبة . كذلك زيادة البدن الحادثة .

١٦٢١١ – فأما زيادة البدن الموجودة حالة [3] الغصب فهي مغصوبة فلذلك ضمنت .

١٦٢١٢ – ولأنها عين [4] حدثت في يده بغير فعله فلم تحدث مضمونة ، أصله الثوب إذا ألقته الريح في حجره أو في داره ، ولا يلزم الزيادة في بدل الصيد ؛ لأنها تحدث أمانة ، ثم يضمن بمعنى حادث .

١٦٢١٣ – فإن قيل : لو زاد الصيد أو ولد في يده وهو لا يعلم ضمنه ، وإن كان لا يلزم رده .

١٦٢١٤ – قلنا : لا يضمنه هكذا قال أبو بكر الرازي [5] وقد روى ابن سماعة [6] عنهم : أنه يضمنه وليس بصحيح .

---

(١) مختصر المزني مع كتاب الأم (٣٦/٣ ، ٣٧) ، المهذب (٣٧٠/١) ، روضة الطالبين (٢٧/٥ ، ٤٣) ، الحاوي الكبير (١٤٦/٧) وعبارة الحاوي هي ما نقلها الإمام القدوري إلا كلمة وهي تسعمائة ثم قال الماوردي وهذا كما قال : وهذه المسألة مشتملة على فصلين ، أحدهما : أن يغصبها زائدة فتنقص ثم تزيد ، والثاني : أن يغصبها ناقصة فتزيد ثم تنقص فهي مسألة الكتاب . وصورتها فيمن غصب أمة تساوي مائة فزادت ببرء أو سمن أو تعليم قرآن أو خط حتى صارت تساوي ألفًا ثم نقصت وعادت لحالها حين غصبت لعود المرض والهزال ونسيان ما عملت من الخط والقرآن حتى صارت تساوي مائة ، فإنه يردها ويرد معها تسعمائة لنقص الزيادة الحادثة في يده . وبقول الشافعية قال الحنابلة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٩٩/٥ – ٤٠٠) ، الشرح الكبير مع المغني (٤٠٣/٥ ، ٤٠٤ ، ٤٠٩) ، المبدع (١٦٦/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٨/٢) .

(٢) في (ع) ، (م) : [الغصب] .　　(٣) في (ع) ، (م) : [عند] .

(٤) في (ع) ، (م) : [غيره] .

(٥) انظر مختصر اختلاف العلماء لأبي بكر الرازي الجصاص (١٧٥/٤) .

(٦) سبقت ترجمته .

١٦٢١٥ - ولأنه عين حصلت في يده بفعله ، وهلكت بغير فعله ، فوجب أن لا يضمنها من غير منع . أصله ما ذكرنا .

١٦٢١٦ - وإنما قلنا من غير منع في الحكم لأنه لا تأثير له في الفرع ، إذا كان المالك عندنا لو طالب بالعين المغصوبة فلم يردها لم يضمن / زيادتها فلذلك لم يذكر المنع في الأصل .

١٦٢١٧ - ولا يحتاج إلى ذكر يوم المطالبة لأن المنع لا يكون إلا بعد المطالبة .

١٦٢١٨ - ولأنها زيادة غير متميزة لم يتناولها الغصب فلا يضمنها الغاصب به ، أصله : زيادة السعر [1] .

١٦٢١٩ - ولا يلزم إذا منعها لأنه لا يضمن به ، ولا يلزم [2] الولد إذا منع ، لأنها زيادة متميزة .

١٦٢٢٠ - ولأنه لا يضمن بالغصب الولد ، وإنما المنع غصب آخر ، والزيادة تضمن عندنا بغصب آخر ، ولا يتصور ذلك إلا إذا ردها ثم غصبها .

١٦٢٢١ - ولأنه رد العين كما غصبها فلم يلزمه ضمان الزيادة التي فاتت بالغصب ، أصله : إذا سمنت فنقصت قيمتها بالسِّمن ثم ذهب السِّمن فعادت قيمتها .

١٦٢٢٢ - ولا يلزم الصيد ؛ لأنا خصصنا الضمان بالغصب ، ولا يلزم إذا ذهب السمن بفعله ، لأن ذلك الضمان يجب بالإتلاف لا بالغصب .

١٦٢٢٣ - ولا يلزم إذا رد الأمة زانية أو آبقة ، لأنه لم يرد العين كما غصبها ، لأن صفتها تغيرت ، ولأن الأصل والفرع يستوي في ذلك .

١٦٢٢٤ - احتجوا : بأنها زيادة في عين مغصوبة لو أتلفها الغاصب ضمنها ، فوجب أن يضمنها وإن تلفت .

١٦٢٢٥ - أصله : الزيادة الموجودة حال الغصب ، أو أصله : إذا منعه ثم رده [3] .

١٦٢٢٦ - قلنا : قد يضمن بالإتلاف ما لا يضمن بالتلف ، بدلالة الأمانات .

---

(١) في (ن) : [السعر] وهو ما أثبتناه في المتن .

(٢) في (ن) : [يلزمه بزيادة الضمير المذكر الغائب المتصل] .

(٣) انظر هذا المعنى في الشرح الكبير مع المغني (٤٠٤/٥) وعبارته : (ولنا أنها زيادة في نفس المغصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل ولأنها زادت على ملك المغصوب منه فلزمه ضمانها كما لو كانت موجودة حال الغصب) .

والمعنى في الزيادة (١) الموجودة حال الغصب أنها مال حدث في يده فضمنها به ، وهذه الزيادة حدثت بغير فعله فلم تحدث مضمونة وإن كانت [على] (٢) أصلهم إذا منعه ثم بذل ، فالمنع لا يُضَمَّن عندنا الزيادة ، فالأصل غير مسلم .

١٦٢٢٧ – فإن قيل : علة الأصل تبطل بمن غصبها حاملًا فإنها زيادة حصلت في يده بفعله فلا يضمنها ، و (٣) علة الفرع تبطل بزيادة الصيد .

١٦٢٢٨ – قلنا : الحمل لا تثبت اليد عليه ، فلا يقال إنه حصل في يده بفعله ، وإنما ثبتت يده على الأم .

١٦٢٢٩ – الحاصل : أنه إن كان الحمل زيادة فيها ضمنها ، وإن كان نقصانًا فيها فصفة النقص لا يوجب زيادة الضمان .

١٦٢٣٠ – وأما علة الفرع فلا يلزم عليها إبطال زيادة الصيد ؛ لأنها [لا تحدث] (٤) [زيادة الضمان ، وأما علة الفرع فلا يلزم عليها زيادة] (٥) مضمونه .

١٦٢٣١ – فإن قيل : الزيادة وإن لم تحدث بفعله فقد حدثت بسبب إمساكه للعين المغصوبة (٦) . وإذا حصلت في يده بسبب من جهته على وجه التعدي تعلق به الضمان ، كحفر البئر .

١٦٢٣٢ – قلنا : غصبه وإمساكه ليس بسبب لحدوث الزيادة ، فلم تحصل الزيادة في يده بسبب تعديه . وحفر البئر سبب الوقوع فقد حصلت الجناية بسبب هو متعد فيه ، ثم يبطل ما قالوه بمن جلس في الطريق فألقت الريح ثوبًا في حجره ، فإنه حصل في يده بسبب هو فيه غير متعد على فرض (٧) قولهم ، ولا يحدث مضمونًا عليه (٨) .

---

(١) في (ع) ، (م) : [الزيادات] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) و (ن) .

(٣) حرف الواو ساقط من (ن) .

(٤) هكذا في (ع) ، (م) ، (ن) وهو الصواب وحرف لا ساقط من (ص) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٦) في (ع) ، (م) المضمونة .

(٧) هكذا في (م) وهو الصواب أما في (ص) ، (ع) ، (ن) فرد .

(٨) في حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢٣٢/٥) : فإذا لم يوجد حد الغصب في الزيادة لا يجب الضمان ؛ لأن الزيادة حصلت في يده بغير صنعه وبإيجاد الله تعالى ، ولا صنع للغاصب في إحداث الولد ، فصار كما إذا هبت الريح على ثوب إنسان فألقته في حجر غيره فإنه لا يكون مضمونًا عليه ، لأنه لم يوجد صنع من جهته ،

١٦٢٣٣ - قالوا : كل ما لو تلف في يد المبتاع من الغاصب ضمنه الغاصب فكذلك إذا تلف في يده ، أصله الزيادة الموجودة حال الغصب [1] .

١٦٢٣٤ - قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى : إذا باع الغاصب زائدة ضمن قيمتها يوم الغصب ويضمن المشتري قيمتها يوم قبضها [2] .

١٦٢٣٥ - فإن قالوا : كل ما يضمنه المشتري من الغاصب المغصوب منه ضمن الغاصب له ، أصله : الزيادة الموجودة حال الغصب .

١٦٢٣٦ - قلنا : المشتري من الغاصب قبض الثمن زائدة فضمن الزيادة بغصبه وأما الغاصب فلم يغصب هذه الزيادة فلم يضمن بالغصب ما لم يغصبه وقد تكلمنا على الأصل .

١٦٢٣٧ - قالوا : زيادة في عين مضمونة باليد المتعدية فوجب أن تكون مضمونة كالزيادة في الصيد في يد المحرم [3] .

١٦٢٣٨ - قلنا : يبطل بالمشترى إذا قبض المبيع بغير أمر البائع فزاد في يده ثم هلك ويبطل ، بالجارية الموصى بها يحدث من أولادها إذا غصبها الموصى له فحملت في يده .

١٦٢٣٩ - وأما زيادة الصيد فلا تحدث مضمونة عندنا ، وإنما يتجدد ضمانها ؛ لأن المالك لها حق الله تعالى طالبه بردها فضمن بترك الإرسال مع المطالبة .

١٦٢٤٠ - والزيادة في مسألتنا لم تحدث مضمونة ولكنها تضمن عندنا متى حدث [4] معنى يوجب ضمانها .

١٦٢٤١ - فإن قيل : الغصب قد أمر الله تعالى برده كما أمر برد الصيد فيجب أن يضمنه بالحبس .

= ولكنه يكون واجب الرد إلى مالك الأصل ، حتى إذا فوت الرد بالتعدي كالأكل والبيع ونحو ذلك أو بالمنع عند الطلب يكون ضامنًا » .

(١) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٤٦/٧ ، ١٤٧) وعبارته « ولأنه لو باعها بعد حدوث الزيادة بها ضمن نقصها . كذلك إذا لم يبعها . ويتحرر من اعتلاله قياسان ، أحدهما : أن كل عين ضمنت بالغصب ضمن ما تلف من زيادتها في الغصب قياسًا على تلفها في يد المشتري . والثاني : أن كل زيادة ضمنها الغاصب لو تلفت في يد المشتري ضمنها ، وإن تلفت في يد نفسه ، قياسًا على تلفها بجنايته » .

(٢) أنظر البناية على الهداية (٣٦٦/٨) .

(٣) انظر الحاوي الكبير (١٤٧/٧) وعبارته « ولأن ما ضمن أصله بالتعدي ضمنت زيادته في حال التعدي ، قياسًا على الصيد إذا زاد في يد المحرم ثم نقص » .

(٤) في (ع) ، (م) : [عندنا معنى] .

١٦٢٤٢ - قلنا : ضمان الغصب يجب لحق الآدمي ، فالمعتبر بمطالبته . وضمان الصيد يجب لحق الله تعالى فالمطالبة من جهته هي المعتبرة . يبين ذلك أن الله تعالى أمر المودع برد الوديعة إذا عجز عن حفظها . ثم لا يضمنها ، لأن المالك لم يطالبه ، وقد أذن الله تعالى للمضطر أن يأخذ مال غيره ، ولا يسقط ضمانه [١] لأن المالك لم يأذن .

١٦٢٤٣ - قالوا : الغاصب مأمور برد العين بزيادتها ، فإذا لم يفعل [٢] حتى نقصت وذهب السمن ضمن ؛ لأنه لو تلف في يده ما كان عليه رده [٣] .

١٦٢٤٤ - قلنا : الوديعة يلزمه رد جميع أجزائها ، فإذا نقصت فقد هلك في يده ما كان يجب عليه رده ولا ضمان عليه . وكذلك إذا اختلط الغصب بالوديعة فهو مأمور برد الغصب ، وذلك لا يتميز من الوديعة ، فهو مأمور برد الوديعة ، وإذا هلكت الجملة ضمن الغصب دون الوديعة .

* * *

---

(١) وذلك لأن الضرورات تبيح المحظورات . وفي حالة الضرورة يجوز للمضطر أن يأكل مال غيره ويضمنه ؛ لأن الضرورات تقدر بقدرها ، كما يجوز أكل الميتة وشرب الخمر ولحم الخنزير في حالة الضرورة بقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ﴾ من الآية ١٧٣ سورة البقرة . وقال الله في آية أخرى ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ من الآية ١١٩ سورة الأنعام . ومعنى الاضطرار هنا : هو خوف الضرر على نفسه أو بعض أعضائه بتركه الأكل . انظر أحكام القرآن للجصاص (١٥٦/١ - ١٥٩) ، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر للحموي (٢٧٦/١) ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٢) في (ن) : [لم يقول] .

(٣) انظر هذا المعنى في المهذب للشيرازي (٣٧٠/١) وعبارته « إذا زاد المغصوب في يد الغاصب ، بأن كانت شجرة فأثمرت أو جارية فسمنت أو ولدت ولدًا مملوكًا ثم تلف ضمن ذلك كله ؛ لأنه مال للمغصوب منه حصل في يده بالغصب ، فضمنه بالتلف كالعين المغصوبة .

مسألة ٨٠٦

ضمان منافع العين المغصوبة

١٦٢٤٥ - قال أصحابنا [(١)] : لا يضمن الغاصب منافع العين المغصوبة إذا تلفت في يده أو استوفاها [(٢)] .

١٦٢٤٦ - قال الشافعي : تضمن المنافع كالأعيان [(٣)] .

١٦٢٤٧ - وحصروا [(٤)] المذهب فقالوا : كل منفعة تُضمن بعقد الإجارة فإنها تضمن بالغصب [(٥)] [(٦)] .

١٦٢٤٨ - لنا : ما روي أن جارية غرت رجلًا فتزوجها ، فكانت عنده مدة ، فولدت منه أولادًا ثم جاء صاحبها واستحقها فقضى عمر ﷺ بالجارية لصاحبها بالعقد ، وبقيمة الأولاد

(١) صورة المسألة : إذا غصب دابة أو عبدًا فاستخدمه أو أجره حتى استوفى منافعه فإن هذه المنافع عند الحنفية ومن معهم لا تكون مضمونة على الغاصب والعين مضمونة ، بلا خلاف . وعند الشافعية ومن معهم تكون المنافع مضمونة كالعين .

(٢) مختصر الطحاوي ص١١٨ ، المبسوط (٧٨/١١) ، الهداية (٢٠/٤) ، الاختيار (٣٢٤/٢) ، رؤوس المسائل ص٣٥١ ، تبيين الحقائق (٢٣٣/٥ ، ٢٣٤) وعبارة الزيلعي : « ومنافع الغصب غير مضمونة ، استوفاها أو عطلها أو استغلها لعدم ورود الغصب عليها ولا مماثلة بينها وبين الأعيان لبقاء الأعيان . وبه قال ابن القاسم من المالكية ففي الذخيرة للقرافي (٢٨١/٨) : منفعة الأعيان لا تضمن بالفوات تحت اليد العادية عند ابن القاسم . وقال أشهب وغيره : عليه الكراء إذا غلق الدار وبور الأرض ولم يستخدم العبد ووقف الدابة . وقال ابن حبيب : إذا باع الغاصب أو وهب غرم الغلة التي اغتل المشترى والموهوب ، فإن كان معسرًا غرم الموهوب أو وارثه ولا يغرم المشترى . وقال اللخمي : إنما يقرن ما حرم ربها من تلك الغلات بغصبه ، لأنه المستهلك . انظر أيضًا بداية المجتهد (٣٢٠/٢ ، ٣٢١) ، شرح الخرشي (١٣٧/٦) .

(٣) وبه قال الحنابلة . انظر كتاب الأم للشافعي (٢٥٤/٣) ، الحاوي الكبير (١٦٠/٧) ، المهذب (٣٧٠/١) ، مغني المحتاج (٢٨٦/٢) ، الوجيز (٢١٠/١) ، المبدع (١٨٥/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٦/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٣٥/٥) ، الإنصاف للمرداوي (٢٠١/٦ ، ٢٠٢) وعبارة الماوردي : منافع المغصوب مضمونة على الغاصب بالأجرة سواء انتفع أو لم ينتفع . وعبارة ابن قدامة : أنه متى كان للمغصوب أجر فعلي الغاصب أجر مثله مدة مقامه في يديه سواء استوفي المنافع أو تركها تذهب ، هذا هو المعروف في المذهب ، نص عليه أحمد في رواية الأثرم . وقال المرداوي : هذا ما عليه جماهير الأصحاب ، ونص عليه في قضايا كثيرة .

(٤) في (ع) ، (م) ، (ن) [وحصلوا] .

(٥) انظر هذا المعنى في حلية العلماء (٢١٠/٥) والحاوي الكبير (١٦٠/٧) .

(٦) قاعدة : « كل منفعة تضمن بعقد الإجارة تضمن بالغصب » .

ولم يقض بقيمة منافعها التي كانت في يده واستوفاها ، فلو وجب لبينه لمستحقه [١] .

١٦٢٤٩ - وعن علي بن أبي طالب ﷺ مثل ذلك ، ولم يخالفهما أحد ، فصار لشهرته إجماعًا ، ولأنها منفعة استوفاها من غير عقد ، ولا شبهة فلا يلزم شيء في مقابلتها .

١٦٢٥٠ - ولا يلزم بدلها ، كمن زنا بمطاوعة من غير عقد ولا شبهة فلا يلزمه شيء في مقابلتها .

١٦٢٥١ - فإن قيل : قوله من غير عقد ولا شبهة لا تأثير له ؛ لأن المنافع لو استوفاها بشبهة لم يضمنها كمن ركب دابة فضمنها له .

١٦٢٥٢ - قلنا : هذا الوصف [ليس] [٢] له تأثير فيمن زُفَّت إليه غير امرأته ، وفي من استوفاها بشبهة الإجارة . وإذا بينا تأثيره في هذين الموضعين لم يلزم بيان تأثيره [٣] في كل المواضع .

١٦٢٥٣ - فلا يلزم من يرد آبقًا [لأن المالك لم يستوف المنفعة ، وإنما ملك بدلها [٤] ، ولأن جُعل الآبق صفته وليس ببدل عبد] [٥] وإنما هو في مقابلة المنافع ، كرزق القاضي ونصيب المضارب من الربح .

١٦٢٥٤ - ولا يلزم الأب إذا وطئ جارية ابنه ، لأنه استوفى المنفعة بشبهة الملك .

١٦٢٥٥ - ولا يلزم إذا وصى الرجل بخدمة عبده ويعتقه بعد ذلك فأعتقه الوارث أنه يضمن للموصى له [٦] ، لأن الوارث لم يستوف المنفعة ، ولأنه لا يضمن المنفعة وإنما يضمن الرقبة فيشتري بالقيمة عبدًا فيخدمه .

١٦٢٥٦ - قالوا : المطاوعة بذلت منفعتها له فلا يجب عليه عوضها ، كما لو بذلت له قطع يدها [٧] .

---

(١) روي البيهقي في السنن الكبرى ، كتاب النكاح باب من قال يرجع المغرور بالمهر وقيمة الأولاد على الذي غره (٢١٩/٧) قال أخبرنا أبو سعيد عن أبي العباس عن الربيع عن الشافعي عن مالك أنه بلغه أن عمر أو عثمان قضي أحدهما في أمة غرت بنفسها رجلًا فذكرت أنها حرة فولدت أولادًا فقضي أن يفدي ولده بمثلهم . وقريب من هذا اللفظ ما رواه عبد الرزاق في مصنفه (٢٧٩/٧) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٣) ساقط من (ع) .

(٤) في (ن) : [مالكها بدلًا] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) كلمة له ساقطة من جميع النسخ ، والسياق يقتضيها .

(٧) انظر الحاوي الكبير (١٥٢/٧) هذا أحد الوجهين في وجوب المهر إذا كانت مطاوعة وهو ظاهر مذهب =

١٦٢٥٧ - قلنا : الأسباب التي يجب بها بدل البضع لا يسقط بدلها ، كالمقبوضة ، ولأن الأمة المطاوعة [١] لا مهر لها ، ولا يسقط حق [٢] مولاها .

١٦٢٥٨ - قالوا : العاقلة [٣] لو دعت مجنونًا إلى نفسها فلا مهر لها ، لبذلها .

١٦٢٥٩ - قلنا : غلط ؛ لأنها إن ضمنته المهر رجع به عليها ، لأنها هي التى أدخلته في سبب الضمان ، فمن حيث ثبت سقط

١٦٢٦٠ - ولهذا قالوا : إنه لو أكرهها [٤] وجب المهر ، ولأنها نوع منفعة فلا تضمن باليد [أصله المنفعة] [٥] . بيان هذا : أن من غصب أمة فأمسكها ، فقد فوت علي المولى وطأها في مدة الغصب ولا ضمان عليه .

١٦٢٦١ - قالوا : لأن منفعة البضع في يد المولى ، بدلالة أنه لو زوجها جاز ، واستحق المهر ، ومنافع الأعضاء ليست في يده ، بدلالة أنه لو عقد عليها لم يجز [٦] .

١٦٢٦٢ - قلنا : [المولى يملك وطء الأمة] [٧] ، كما أن عوضه قد يكون في المهر وهو ممنوع من العوض الذي هو الوطء ، فكان يجب أن يضمن ، كما لو بذل الغاصب تمكينه من استعمالها في [٨] وجه دون وجه .

١٦٢٦٣ - ولأن تزويجه إنما يجوز ليس لأن منافع بضعها [٩] تحت يده لكن لأن صحة النكاح لا يقف علي إمكان التسليم ، ولأنا لا نسلم أن العوض عن البضع يسلم له [١٠] إذا زوجها ، بدلالة أن الزوج لا يلزمه تسليم المهر إذا كان ممنوعًا من الزوجة .

١٦٢٦٤ - قالوا : منفعة البُضْع غير مقدرة بالزمان [فلم يفوت على المولى شيئًا ،

= الشافعي ، وهو قول جمهور أصحابه أنه لا مهر لها عليه ، لأنها بالمطاوعة تكون بغيًا ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن مهر البغي . والوجه الثاني : وهو قول أبي العباس بن سريج أن المهر عليه واجب ، لأنه حق لسيدها فلا يسقط بمطاوعتها ، كما لو بذلت قطع يدها لم يسقط عن القاطع ديتها .

(١) في (ع) ، (م) : [المطاوعة الأمة] .

(٢) في (ع) ، (م) : [من] .

(٣) في (ع) ، (م) : [العلة] .

(٤) في (ع) ، (م) : [لو أنه أكرهها] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) انظر روضة الطالبين (١٤/٥) وعبارته « منفعة البضع لا تضمن بالفوات تحت اليد ، لأن اليد لا تثبت عليها ، ولهذا يزوج السيد المغصوبة ، ولا يؤجرها كما لا يبيعها » .

(٧) ما بين القوسين غير واضحة في النسخ الأربعة .

(٨) في (ص) ، (ع) ، (م) على والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٩) في (ع) ، (م) [بعضها] .

(١٠) في (ع) ، (م) [إليه] .

لأنه يطؤها بعد ردها ، ومنفعة الأعضاء مقدرة بالزمان] [١] ، بدلالة أن العقد يقع فيها على المدة وينقسم عليها ، فإذا حبسها فقد أتلف منفعتها [٢] .

١٦٢٦٥ - قلنا : إذا حبسها فقد أتلف منفعة البضع ، ومنع المولى في المدة ، وإمكان الوطء في الباقي لا يمنع ضمان التالف في يد الغاصب ، كما لو وطئها ضمن عندهم ، وإن كان المولى يطؤها في الثاني ، ومنفعة الوطء لا تتقدر بالزمان .

١٦٢٦٦ - [ولأن / منفعة الأعضاء في حق المالك لا تقدر بالزمان] [٣] وإنما تتقدر في حق المستأجر ، ولهذا لو حبس البائع المبيع بغير حق لم يسقط شيء من الثمن ، وإن حبس المؤجر سقطت الأجرة ، فلا فرق بين منافع البضع ، والأعضاء حق المالك .

١٦٢٦٧ - ولأن كل سبب يضمن به المنفعة يستوي فيه منفعة الحر والعبد . أصله : الإجارة الصحيحة والفاسدة . ومعلوم أن من حبس حرًّا صانعًا وحال بينه وبين العمل لم يضمن أجرته ، كذلك إذا حبس عبدًا أومنعه من مولاه ، وهذا أصل مسلم ، وزعموا أنه هو المذهب .

١٦٢٦٨ - قالوا : وقال ابن شريح من أصحابنا : من قال يضمن منفعة الحر فليس بمذهب ، وهو فاسد [٤] ، لأن المنافع تتولد عن رقبة الحر فلا يضمن بالغصب ، كالولد .

١٦٢٦٩ - فإن قيل : الحر لا تضمن رقبته بالغصب ، كذلك منفعته

١٦٢٧٠ - قلنا : لأنها لا تضمن بالعقد ، والمنافع تضمن بالعقد .

١٦٢٧١ - فإن قيل : منافع الحر تحت يده فلا يضمنها الغاصب ، كما لا يضمن ما

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) انظر هذا المعنى في المغني مع الشرح الكبير (٤٣٦/٥) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) جاء في المهذب للشيرازي (٣٧٤/١) « وإن غصب حرًّا وحبسه ومات عنده لم يضمنه ؛ لأنه ليس بمال فلم يضمنه باليد ، وإن حبسه مدة لمثلها أجرة . فإن استوفى فيها منفعته لزمته الأجرة لأنه أتلف عليه ما يتقوم فلزمه الضمان ، كما لو أتلف عليه ماله أو قطع أطرافه . وإن لم يستوف منفعته ففيه وجهان ، أحدهما : تلزمه الأجرة ؛ لأن منفعته تضمن بالإجارة ، فضمنت بالغصب كمنفعة المال . والثاني : لا تلزمه ؛ لأنها تلفت تحت يده فلا يضمنه الغاصب بالغصب ، كأطرافه وثياب بدنه » . وجاء في روضة الطالبين (١٤/٥) أن « منفعة بدن الحر مضمونة بالتفويت ، فإذا قهر حرًّا وجبره في عمل ضمن أجرته ، وإن حبسه وعطل منافعه لم يضمنها على الأصح ، لأن الحر لا يدخل تحت اليد فمنافعه تفوت تحت يده بخلاف المال . وقال ابن أبي هريرة يضمنها » . ويلاحظ أن ما ثبت عن ابن سريج ليس هو الرأي الراجح عند الشافعية وإنما قائله هو ابن أبي هريرة من الشافعية وهو المرجوح عندهم .

عليه من الثياب والحلي ، فيضمنها الغاصب .

١٦٢٧٢ - قالوا : وكذلك لو غصب جملًا ، وعليه متاع ، ومالكه فوقه لم يضمنه . ولو كان عبدُه [١] فوقه ضمنه .

١٦٢٧٣ - قلنا : منافع الحر في يده كما أن منافع العبد في يده ، والغاصب يحبسه بمنافعه فكل واحد من المنتفعين فاتته المنفعة ، فلا فرق بينهما . وما ذكره من المسألتين لانسلمه ، فلا يضمن عندنا المتاع إذا كان عند مالكه عليه ، ولا يضمن ثياب العبد المغصوب إذا لم تزل يده عنها ، كما لا يضمن ثياب الحر .

١٦٢٧٤ - ولأنه لا تُضْمَنُ منفعة بضعها فلا تُضْمَنُ منفعة أعضائها ، كالجارية المستعارة .

١٦٢٧٥ - ولأنه رد العين على الصفة التي غصبها ، فلم يلزمه بدل شيء من منافعها بالغصب . أصله إذا غصب دراهم أو دنانير . ولا يلزم إذا وطئ الجارية بشبهة ؛ لأن العقد لا يلزمه بحكم الغصب .

١٦٢٧٦ - ولأن الغصب سبب يَضْمن به الرقبة فَيَضْمن به المنفعة كالقتل والغرور .

١٦٢٧٧ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [٢] .

١٦٢٧٨ - قلنا : حقيقة اللفظ يقتضي الاعتداء على الأنفس دون الأموال . ومن حكم اللفظ أن يحمل على حقيقته ، ولا يحمل على مجازه إلا بدليل .

١٦٢٧٩ - قالوا : كل ما يضمن المسمى في العقد الصحيح يضمن بالغصب كالأعيان . [٣] ولا يلزم منفعة الحر ؛ لأنه يضمن بالغصب إذا أكرهه على العمل [٤] .

١٦٢٨٠ - قلنا : قد يضمن بالعقود ما لا يضمن بغيرها ، بدلالة أن منافع البضع مضمونة على المرأة بالخلع ولا تضمنها بغيره ، كذلك إذا باعه عينًا قيمتها مائة بمائتين فما

---

(١) في (ن) : [عليه] .

(٢) سورة البقرة : الآية ١٩٤ . وجه الدلالة من الآية الكريمة : ما ذكره الماوردي حيث قال : « فلما لم يجز أن يتعدى على مالكه باستهلاك منافعه أوجب العموم مثلًا مشروعًا وهو الأجرة ؛ لأن القيمة أحد المثلين » . انظر الحاوي الكبير (١٦٠/٧) .

(٣) قاعدة : « كل ما يضمن به المسمى في العقد الصحيح يضمن بالغصب كالأعيان » .

(٤) هكذا في (ن) وفي باقي النسخ بالعمل . انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٦٠/٧) وعبارته « ولأن ما ضمن بالعقود ضمن بالغصوب كالأعيان » .

زاد على مقدار القيمة يضمن بالعقد ولا يضمن بالغصب . والمعنى في الأعيان أنها إذا ملكت [١] كان بدلها لمالكها ، والمنافع تملك ، ثم يستحق بدلها غيرُ مالكها ، بدلالة أن الزوجة إذا وطئت بشبهة كان المهر لها ولم يستحقه الزوج المالك لمنافع بضعها .

١٦٢٨١ - ولأن الأعيان المملوكة لما [٢] جاز أن تنتقل إلى الوارث منفردة [٣] عن [غيرها ضمنت بالغصب والمنافع قد تملك ثم لا يجوز أن تنتقل إلى الوارث منفردة عن] [٤] الأعيان ، وهي منافع البضع ، فلذلك لم يضمن بالغصب . أو نقول : الأعيان لا توجد مملوكة إلا وحق الغرماء يجوز أن يتعلق بها ، والمنافع قد توجد فلا يتعلق حق الغرماء [بها] [٥] ، وهي منافع المديون [٦] ، فلذلك لم تضمن بالغصب .

١٦٢٨٢ - قالوا : جهتا الضمان عليه العقد الصحيح والفاسد كالغصب ، ثم ثبت أن المنافع تجرى مجرى الأعيان في الجهتين : العقد الصحيح والفاسد . كذلك الغصب [٧] .

١٦٢٨٣ - قلنا : أما قولكم : إن الأعيان تضمن بالعقد الصحيح والفاسد فغير مسلم ، بل هي مضمونة بنفسها فأما كونهما سببا يقتضي ضمانها فلا ، وإنما المنافع هي التي تضمن بأسباب .

١٦٢٨٤ - وقولهم : إن المنافع تضمن بالعقد الفاسد فغير مسلم ، وإنما تضمن متى أتلفها لأجل العقد الفاسد ، بدلالة ، أنها لو تلفت [تحت يده] [٨] لم يضمنها عندنا .

١٦٢٨٥ - ثم الغصب من ضمان الشيء بنفسه ، وليس إذا ضمنه الأعيان بأنفسها يجب أن يضمن المنافع كذلك ، لأن الأعيان أدخل في التمول من المنافع والضمان يتعلق بالأموال [٩] ، ولأن الخلاف بيننا في أن المنافع هل تضمن بأنفسها .

---

(١) في (ع) ، (م) : [بدلت] .

(٢) هكذا في (ن) وهو الصواب وفي باقي النسخ كما .

(٣) وفي (ن) : [متفرقة] .

(٤ ، ٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) في (ع) ، (م) : [الديون] .

(٧) انظر الحاوي الكبير (١٦٠/٧ ، ١٦١) وعبارته (ولأن ما ضمن به الأعيان ضمن به المنافع كالعقود) . وعبر عنه ابن قدامة فقال : لنا أن كل ماضمنه بالإتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الإتلاف كالأعيان . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٣٥/٥) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٩) فائدة : « الأعيان أدخل في التمول من المنافع ، والضمان يتعلق بالأموال » .

١٦٢٨٦ - فإذا قالوا : لما استوت المنافع والأعيان في الضمان بالعقد وجب أن يتساويا في الضمان من غير عقد ، فلم يدلوا في المعنى على موضع الخلاف .

١٦٢٨٧ - قالوا : استدل الشافعي رحمه الله تعالى ، فقال : لو استأجر قميصًا فلبسه فنقل فيه التراب كان عليه [ضمان] [1] المنافع [2] . ولو اكترى دكانًا للبُرّ فعمل فيه الطحن ضمن المنافع ، وإن كان الاستيفاء بغير إذن المالك ، كذلك في مسألتنا .

١٦٢٨٨ - قلنا : هذه غفلة ، لأن الأجرة لا يضمنها في مسألتنا ، لاستيفاء المنافع ، وكذلك الإجارة الصحيحة تضمن الأجرة فيها [بكون العين] [3] في يده ، فهو يضمن الأجرة لأجل ذلك إذا لم يفسد القميص . فأما أن يكون ضَمِنَ بدلَ المنافع المستوفاة بغير إذن المالك فلا .

١٦٢٨٩ - قالوا : ضمان الغصب أوسع من ضمان العقود [4] ، بدلالة أن كل ما يضمن بالغصب ضمن بالعقد ، وقد يضمن به ما لا يضمن بالعقد ، مثل [5] أم الولد ، ثم لو ثبت أنه يضمن المنافع بالعقد فلأن يضمنها بالغصب أولى [6] .

١٦٢٩٠ - قلنا : ما يضمن بالعقد يضمن بالغصب ، إذا حصل الغصب فيه . والمنافع لا يتصور غصبها في أنفسها ، وإنما بغصب الأعيان التي تتولد منها المنافع ، فتضمن [7] تلك الأعيان ، وضمانها يسقط معه ضمان المنافع . بدلالة أنّ بتلف العين تتلف منافعها فتضمن العين ، ولا تضمن المنافع ، ويسقط ضمان العين المتلفة فلا يجب ضمان المنافع ، بدلالة أن المرأة لو تأذن لرجل في قتلها فيسقط بإذنها ضمان نفسها ، ولا يضمن منافعها لزوجها .

١٦٢٩١ - وكذلك لو أذن المولى في ضمان أمته المتزوجة وإن أتلفها عليه ، كذلك

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٢) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٤٤٣/٧) وحلية العلماء (٤١١/٥ ، ٤٣٤) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ الثلاثة .

(٤) قاعدة : « ضمان الغصب أوسع من ضمان العقود » .

(٥) في (ع) ، (م) و (ن) : [قبل] .

(٦) انظر الحاوي الكبير (١٦١/٧) وفيه « ولأن منافع الغصب أعم من ضمان العقد ، وضمان المنافع أعم من ضمان الأعيان ؛ لأن الوقف مضمون بالغصب دون العقد ، ويصح العقد منه على المنفعة دون الرقبة ، فلما ضمنت المنافع بالعقود فأولى أن تضمن بالغصوب ، ولو ضمن بالغصب الأعيان فأولى به المنافع ، فيكون هذا ترجيحًا في الأصلين من طريق الأولى » .

(٧) في (ن) : [فلا تضمن] .

إذا ضمن العين المغصوبة يسقط ضمان منافعها لأجل ضمانها .

١٦٢٩٢ - قالوا : المنافع مال بدلالة جواز الوصية بها [١] .

١٦٢٩٣ - قلنا : الكلب عندكم موصي به ، وليس بمال [٢] . ولأن جواز الوصية بالمنافع يدل على جواز تمليكها ، وقد تملك الأموال وغيرها ، بدلالة أن الإنسان يملك بالعقد على من يلي عليه ، وليس ذلك بمال . ويملك المقذوف الحد عندهم وليس بمال . وكذلك يملك القصاص وليس بمال . وقد يملك بالوصية التصرف كما يملك المنافع ، وإن لم يكن التصرف مالًا .

١٦٢٩٤ - قالوا : لو أوصى بمنافع عبد اعتبرت من الثلث فدل أنها مال [٣] .

١٦٢٩٥ - قلنا : هذا غير مسلم ولا يعتبر عندنا خروج الرقبة من الثلث ؛ لأنها خصصت من الوراثة ، ولهذا تقول : لو عقد المريض على المنافع بغير مال فإن أعارها لم يعتبر ذلك من الثلث .

* * *

---

(١) الحاوي الكبير (١٦٠/٧) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٣٥/٥) .

(٢) رد الماوردي على ذلك فقال : « ولا يدخل عليه الكلب ، لأن الوصية به بذل تمليك لا تمليك » . انظر الحاوي (١٦٠/٧) .

(٣) الحاوي الكبير (١٦١/٧) وفيه : ولأن الوصية بالمنافع معتبرة من الثلث فكانت مالًا كالرقاب .

إجارة المغصوب

١٦٢٩٦ - قال أصحابنا : إذا أجّر الغاصب المغصوب فأخذ أجرة المغصوب ملكها ، ولزمه أن يتصدق بها ، ولا شيء عليه للمغصوب منه [١] .

١٦٢٩٧ - وقال الشافعي : على الغاصب الأجر [٢] .

١٦٢٩٨ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام « الغلة بالضمان » [٣] والغاصب ضامن فكانت الغلة له [٤] .

١٦٢٩٩ - ولأنه انفرد بعقد الإجارة فكانت الأجرة له ، ولا يلزمه أجرة لغيره كالراهن [٥] .

١٦٣٠٠ - ولأن كل من لو أجر ملك نفسه كانت الأجرة له ، فإذا أجر ملك غيره

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (١٧٦/٤) ، تبيين الحقائق (٢٢٥/٥) ، الهداية (١٣/٤) ، المبسوط (٧٧/١١) ، بدائع الصنائع (١٤٥/٧) ، تكملة البحر الرائق (١٢٩/٨) وعبارة السرخسي : « رجل غصب عبدًا أو دابة فأجره وأصاب من غلته فالغلة للغاصب ، ويؤمر أن يتصدق بها » .

(٢) وبه قال المالكية وابن شبرمة . انظر شرح الخرشي (١٣٧/٦) ، المدونة الكبرى (٣٥٩/٥) ، مختصر اختلاف العلماء (١٧٦/٤) وكتاب الأم (٢٥٤/٣) ، الإشراف (٣٤٣/٣) ، الحاوي الكبير (١٥٨/٧) ، روضة الطالبين (٦٥/٥) . وعبارة النووي : « ولو أجر العين المغصوبة غرم المستأجر أجرة المثل للمالك . وأما عند الحنابلة إذا أجر الغاصب المغصوب فالإجارة باطلة على إحدى الروايات كالبيع ، وللمالكه تضمين أيهما شاء أجر مثلها ، فإن ضمن المستأجر لم يرجع بذلك ؛ لأنه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة ، إلا أن يزيد أجر المثل على المسمى في العقد فيرجع بالزيادة ، ويسقط عنه المسمى في العقد . وإن كان دفعه إلى الغاصب رجع به . المغني مع الشرح الكبير (٤١٣/٥) .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع باب من اشتري عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا (٢٨٤/٣) رقم ٣٥٠٩ . روي الترمذي في سننه كتاب البيوع باب ما جاء في من يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبًا (٥٧٢/٣ ، ٥٧٣) وابن ماجه في سننه كتاب التجارات باب الخراج الضمان (٧٥٤/٢) والنسائي في سننه كتاب البيوع (٢٥٤/٧ ، ٢٥٥) باب الخراج بالضمان ، والبيهقي في السنن الكبرى كتاب البيوع ، باب المشتري يجد بما اشترى عيبًا وقد استغله زمانًا (٣٢١/٥) والإمام أحمد في مسنده (٤٩/٦) .

(٤) المبسوط (٧٧/١١) .

(٥) تكملة البحر الرائق (١٢٩/٨) حيث جاء « لأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد ، والعاقد هو الغاصب فتكون الأجرة له » .

لم يلزمه أجرة ، وكانت الأجرة له ، أصله المستأجر إذا أجر والولي والوكيل .

١٦٣٠١ - ولأنه أجر ما ليس له أن يؤجره من غير إذن ، فلم تلزمه أجرة ، وكانت الأجرة له ، كالبائع إذا أجر العبد في يد المشتري [١] .

* * *

(١) لم يتعرض الإمام القدوري على خلاف عادته لذكر أدلة المخالف مع الرد عليها طبقًا لما جاء في كتب المذهب الحنفي وغيره دليل مذهب الشافعية : أن الأجرة عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الغاصب كعوض الأجزاء . ويرد الأحناف بقولهم : نسلم أن الأجرة عوض المنافع المملوكة لرب الدار ولكن المنافع غير مضمونة عندنا ، إذ الغصب لا يثبت إلا بيد مفوتة ليد المالك وذلك لا يتحقق في المنافع ، لأنها لا تبقي وقتين فلا نتصور كونها في يد المالك ثم انتقالها إلى يد الغاصب . ثم إن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد والعاقد هو الغاصب ، فإذا هو الذي جعل منافع العبد بعقده مالاً فكان بدلًا له . والأهم من ذلك كله أن المغصوب في هذا الوقت كان في ضمان غير المالك ، لقوله ﷺ: الخراج بالضمان ، فحين كان في ضمان غيره فهو الذي التزم تسليمه بالعقد دون المالك فكان الأجر له دون المالك . ويؤمر أن يتصدق بها لأنها حدثت له بكسب خبيث . وإن مات المغصوب فالغاصب ضامن بقيمته وله أن يستعين بتلك الغلة في ضمان القيمة ، لأنها ملكه وما فضل بعد ذلك تصدق به اعتبارًا للجزء بالكل . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤١٤/٥) والمبسوط (٧٧/١١ ، ٧٨) .

مسألة ٨٠٨

ولد الجارية المغصوبة

١٦٣٠٢ - قال أصحابنا : إذا غصب جارية فولدت في يده لم يضمن الولد ، إلا أن ينقله . أو يطالبه مالكه فيمنعه [(١)] .

١٦٣٠٣ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : يضمن الولد [(٢)] .

١٦٣٠٤ - وقال المروزي [(٣)] : لا يضمنه إلا أن تضعه حيًا ثم يموت . وقال بعضهم: يضمنه بقيمته إن كان حيًا [(٤)] .

١٦٣٠٥ - والكلام في هذه المسألة في فصلين . أحدهما : في الحمل الحادث في يد الغاصب ، والثاني في الحمل الموجود حال الغصب .

١٦٣٠٦ - فأما الفصل الأول فالكلام فيه قد تقدم في مسألة المغصوبة إذا زادت في يده . والوجه فيه : أن الحمل زيادة حدثت في يده بغير فعله [فلم تحدث مضمونة . كذلك الوديعة . وإن شئت قلت [عين] [(٥)] حدثت في يده بغير فعله] [(٦)] كالثوب تلقيه الريح في داره أو في حجره .

١٦٣٠٧ - وإذا ثبت أنه أمانة لم يضمن إلا بما تضمن به الأمانات من المنع والتعدي .

١٦٣٠٨ - ولأن غصب الأم لا يوجب ضمان الولد الحادث في يده . أصله إذا كان

---

(١) المبسوط (٥٤/١١) ، الهداية (١٩/٤) ، تبيين الحقائق (٢٣٢/٥) ، تكملة البحر الرائق (١٣٧/٨ ، ١٣٨) .

(٢) الحاوي الكبير (١٥٠/٧) ، المهذب للشيرازي (٣٧٠/١) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٩٤/١٤) . (ب) ، روضة الطالبين (٦٥/٥) قال الماوردي : « ولد المغصوبة مضمون على الغاصب ، سواء كان الحمل موجودًا عند الغصب أو حادثًا » .

(٣) سبقت ترجمته .

(٤) وإن ألقت الجارية الولد ميتًا ففيه وجهان : أحدهما : أنه يضمنه بقيمته يوم الوضع ، كما لو كان حيًا وهو ظاهر النص ، لأنه غصبه بغصب الأم فضمنه بالتلف كالأم . والثاني : أنه لا يضمنه ، وهو قول أبي إسحاق (المروزي) لأنه إنما يقوم حال الحيلولة بينه وبين المالك ، وهو حال الوضع ، ولا قيمة له في تلك الحال ، ولم يضمن . وحمل النص عليه إذا ألقته حيًا ثم مات . المهذب (٣٧٠/١) ، حلية العلماء (٢٢٦/٥ ، ٢٢٧) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

حرًّا أعتقه المولى .

١٦٣٠٩ - ولا يقال : إن الحر لا يضمن كالغصب ؛ لأنا لا نسلم ذلك في الصغير لأنه يضمن إذا تلف بالأسباب التي يمكن الحفظ منها .

١٦٣١٠ - ولأنه نماء مغصوبة فلم تحدث مضمونة ، أصله الجارية التي خلع عليها والتي أوصى له بحملها .

١٦٣١١ - فإن قيل : المعنى أن الولد ملكه .

١٦٣١٢ - قلنا : لا يمتنع أن يضمن ملكه إذا تعدى في التصرف فيه ، كما يُضَمَّن الرَّاهِنَ الرهن ، وههنا هو متعد عند مخالفنا في الولد حين تعدى في الأم . وأما الكلام إذا غصب الأم وهي حامل .

١٦٣١٣ - ولأن كل سبب لا يضمن به الحر لا يضمن به حمل الآدمية . أصله العقود وعكسه الجناية . ولا يلزم ولد الصيد .

١٦٣١٤ - ولأنا خصصنا / الحمل بحمل الآدمية . ولأنه حمل المغصوبة فلم يضمن من غير جناية فيه . أصله إذا كان الولد حرًّا .

١٦٣١٥ - ولأن الغصب معنى لا يحصل [من غير جناية فيه . ولأن الغصب] [1] لا يحصل إلا بإزالة يد المالك عنه ، فلا يصح في الحمل كالرهن .

١٦٣١٦ - ولأنه ضمان وجب للآدمي بالتعدي في الأم ، فلا يتعلق بالولد كالجناية على الأم ، ولأنه ضمان فعل لا يتعلق بحكم عقد سابق ، فلا يكون ضمان الأم سببًا في ضمان الولد كالجناية .

١٦٣١٧ - ولأنه ضمان لا يتبع الولد الأم فيه شرطًا فلم يتبعها « شرعًا » [2] كضمان الجناية وعكسه الرهن والبيع .

١٦٣١٨ - احتجوا بأن كل ما ضُمِن بالغصب خارج الوعاء ضُمِن كذلك إذا كان في الوعاء ، كالدر في الصدف ، والدراهم في الكيس [3] .

١٦٣١٩ - قلنا : ضمان الغصب ضمان النقل ، بدلالة أنه لو حال بين المالك وملكه ، ومنع من الانتفاع به لم يضمنه . والنقل من الكيس نقل لما فيه ؛ لأن ثبوت اليد على

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) . (٢) في (ع) ، (م) : [شرطًا] .
(٣) انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٥٠/٧) وعبارته : (ولأن ما صح أن يضمن بالغصب خارج وعاءه صح =

الظرف ثبوت يد على ما فيه لأنه يمكن التصرف ، فيه وثبوت [اليد] [1] على الجارية لا يوجب ثبوت اليدعلى حملها ، فلم يوجد فيه النقل فلم يصح ضمانه من غير نقل . ولأن الدراهم في الكيس لمّا ضمنها بغصب الكيس ضمنها منفردة منه كما لو أُفردها بالغصب ، ولو ضمن الحمل بغصب الأم ضمنه منفردًا عن الأم ، فلما لم ينفرد بالضمان دل على مفارقة الأصل للفرع .

١٦٣٢٠ - قالوا : كل ما ساوى العين ملكًا ساواها الغصب ، كالزيادة الموجودة حال الغصب [2] .

١٦٣٢١ - قلنا : زيادة البدل يحصل فيها بالنقل والتحويل ، وضمان الغصب متعلق به . والحمل لا يصح فيه النقل والتحويل ، فلم يساو الأصل في الضمان ، مع افتراق الأصل والحمل في سبب الضمان .

١٦٣٢٢ - ولأن زيادة البدن تساوي الأصل في الغصب إذا ساوت الأصل في النقل . كذلك الولد إذا ساوى الأم في النقل و « إيقاع » [3] الفعل فيه ساواها في الغصب .

١٦٣٢٣ - قالوا : كل ما ضمن به الولد منفصلًا ضمن به متصلًا ، كأخذ المحرم الصيد [4] .

١٦٣٢٤ - قلنا : لا نسلم أن حمل الصيد مضمون ، فإنما يُضْمَن عندما يُتْرك إرساله بعد الولادة ، لأن المالك طالبه بإزالة « يده » [5] عنه ، فكيف يقول إنه يضمنه حال الاتصال .

١٦٣٢٥ - ولأن ولد الصيد مضمون لحق الله تعالى ، وقد طلب إزالة يده عنه ،

= أن يضمن به في وعائه كالدرهم في كيس والحلي في حق) . وانظر أيضًا التكملة الثانية للمجموع (٢٤٩/١٤) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٢) انظر الحاوي الكبير (١٥٠/٧) وعبارته : « لأنه متصل بالمغصوب ، فصح أن يكون مضمونًا كالسِّمَن ولأن ما ضمن بالجناية ضمن بالغصب كالمنفصل » .

(٣) في (ع) ، (م) : [ارتفاع] .

(٤) الحاوي الكبير (١٥٠/٧) وعبارته : « ولأن ضمان الغصب أقوى من ضمان الصيد . ثم ثبت أن ولد الصيد مضمون على المحرم ، فولد الغصب أولى أن يكون مضمونًا . ويتحرر من اعتلاله قياسان : أحدهما أن ما ضمنت به الأم من التعدي ضمن به الولد كالصيد على المحرم ، والثاني : أن ما ضمن به ولد الصيد ضمن به ولد المغصوبة ، كما لو منع » .

(٥) في (ن) : [ملكه] .

فضمن بترك إزالة اليد مع المطالبة ، وولد المغصوبة يضمن لحق الآدمي ولم يوجد من جهته مطالبة بالرد ، فلم يضمن .

١٦٣٢٦ - ولا يجوز اعتبارُ أمرِ اللّهِ تعالى الغاصِبَ بالرد ؛ لأن ما يضمن لحق الآدمي يعتبر « بمطالبة » [1] الآدمي . ألا ترى أن إذن « المالك » [2] في تناول ماله يسقط الضمان ، وإذن اللّه تعالى في تناوله عند حاجة المضطر لا يسقط الضمان .

١٦٣٢٧ - ولأن الصيد يضمن بالأسباب عندنا قبل الدلالة ، فجاز أن يضمن بالسبب الذي هو غصب الأم . وضمان مال الآدمي لا يضمن بالسبب الذي هو الدلالة ، كذلك لا يضمن بحصول يده على الأم فتبين الفرق بينهما ، إذ المالك لو أتلف المغصوب في يد الغاصب لسقط الضمان . ولو أمات اللّه تعالى الصيد في يد المحرم لم يسقط ضمانه ، وإن كان الإتلاف بفعل « الآدمي المالك » [3] .

١٦٣٢٨ - قالوا : « النماء » [4] ليس له حادث في يده من أصل مضمون عليه بيد متعدية ، فوجب أن يكون مضمونًا عليه . أصله ولد الصيد في يد المحرم [5] .

١٦٣٢٩ - قلنا : يبطل بالولد الحر تثبت عليه اليد ، كما تثبت على العبد . وهذا معلوم مشاهد ، لهذا إذا أسلم الأجير الخاص نفسه ولم يعمل استحق الأجر ، فدل أن اليد تثبت عليه وإذ لا يضمن باليد يلزمه النقص .

١٦٣٣٠ - ولأن اعتبار حدوثه في يده لا يؤثر ؛ لأن الحادث الموجود عند الغصب مضمون عندهم وهو القليل ، وإنما زاد في ألفاظ العلة لنوع من الناس ثم لم يتخلص منه .

١٦٣٣١ - وقولهم : يد متعدية لا يؤثر في الأصل ولا في الفرع ، لأنه لو أخذ العين يظنُّها له فليس بمتعد ويضمنها ، ولو أخذ الصيد للضرورة فليس بمتعد ويضمنه .

١٦٣٣٢ - قالوا : الضمان يتعلق بالأم فسرى إلى الولد [6] .

١٦٣٣٣ - قلنا : لا نسلم أن الضمان حكم متعلق بالأم ، وإنما هو متعلق بذمة الغاصب . وكذلك يسري ضمانها إلى ولدها إذا كانت أمة .

---

(١) في (ع) ، (م) : [مطالبة بحذف حرف الباء] .

(٢) في (ع) ، (م) : [الملك] .

(٣) كلمة الآدمي ساقطة من (ع) ، (م) ، (ن) وكلمة المالك ساقطة من (ص) إلا أنها موجودة في الهامش .

(٤) في (ع) ، (م) ، (ن) [بما] .

(٥) انظر الحاوي الكبير (١٥٠/٧) .

(٦) انظر المرجع السابق (١٥٠/٧) .

مسألة ٨٠٩

متى يضمن المغرور ؟

١٦٣٣٤ - قال أصحابنا : يضمن المغرور قيمة الولد يوم الخصومة [1] .

١٦٣٣٥ - وقال الشافعي : يضمن حين وضعه حيًا [2] .

١٦٣٣٦ - لنا : أن كل وقت لم يطالب بقيمة ولد المغرور لم يعتبر قيمة ولد المغرور فيه ، أصله حال العلوق .

١٦٣٣٧ - وهذه مبنية على أن ولد المغصوبة أمانة [3] ، وإنما يضمن بالمطالبة .

١٦٣٣٨ - فأما قبل ذلك لا ضمان عليه فلا تعتبر القيمة .

١٦٣٣٩ - احتجوا : بأنه منع المالك من التصرف في الولد حين وُلِدَه ، لأنه حكم بحريته ، فوجب أن يلزم الضمان حين المنع [4] .

١٦٣٤٠ - قلنا : المنع من التصرف مثل قبل الوضع ، لأنه كان يقدر على عتقه لولا الغرور ، وقد منعه من التصرف الذي هو العتق ، ولم يضمن قيمته قبل الوضع عندهم [5] .

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (١٧٧/٤) ، الفتاوي الهندية (١٥٥/٥) ، نتائج الأفكار (٣٤٩/٩) . قال صاحب الفتاوى الهندية : اشترى جارية فاستولدها ثم استُحِقَّت ، فالولد حر الأصل وعليه للمولي قيمة الولد ، هكذا قضى علي ﷺ بحضرة الصحابة وتعتبر قيمة الولد يوم الخصومة . وجاء في مختصر اختلاف العلماء : قال أبو حنيفة : إذا غصبه شيئًا مما يكال أو يوزن فانقطع من أيدي الناس فعليه قيمته يوم يختصمون . وقال أبو يوسف : يوم غصبه ، وقال زفر ومحمد : آخر ما انقطع من أيدي الناس .

(٢) كتاب الأم (٢٥٢/٣) ، الحاوي الكبير (١٥٣/٧) ، روضة الطالبين (٦١/٥) ، حلية العلماء (٢٢٧/٥ ، ٢٢٨) . وجاء في حلية العلماء : إذا ألقت الأمة المغصوبة ولدًا ميتًا ففيه وجهان : أحدهما : وهو قول أبي إسحاق أنه لا يضمنه . والثاني : أنه يضمنه بقيمته يوم الوضع وهو ظاهر النص .

(٣) المبسوط (٥٤/١١) .

(٤) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٥٣/٧) وهو في صدد رد قول الحنفية .

(٥) الحاوي الكبير (١٥٢/٧) ، أسنى المطالب (٣٦١/٢) وعبارة الحاوي : هذا أحد الوجهين في المذهب ، وهو الأصح ، وبه قال أبو علي بن أبي هريرة : أنه لا يكون مضمونًا أي إذا غصب جارية فوضعت ولدًا ميتًا أنه لا يكون مضمونًا ، لأننا لا نعلم له حياة متيقنة حتى يضمن بالتلف ويستقر عليه حكم الملك . والوجه الثاني : لعله قول أبي العباس بن سريج وهو الظاهر من قول الشافعي ﷺ أنه يكون مضمونًا بقيمته لو كان حيًا ، كما يضمنه بالجناية إذا سقط ميتا .

١٦٣٤١ - قالوا : ما قبل الوضع لا نعلم حياته [1] .

١٦٣٤٢ - قلنا : إذا وضعته حيًا فقد تيقنا وجود الحياة قبل الوضع .

* * *

(١) انظر روضة الطالبين (٥/٦١) ، الحاوي الكبير (٧/١٥٣) ، أسنى المطالب (٢/٣٦١) .

رجوع المغرور على الغار

١٦٣٤٣ - قال أصحابنا : لا يرجع المغرور على الغارّ بالعُقْر [١] .

١٦٣٤٤ - وهو قول الشافعي في الجديد [٢] .

١٦٣٤٥ - وقال في القديم : يرجع عليه بالعُقْر وبالأجرة [٣] .

١٦٣٤٦ - لنا : أنه يدل عما نسلم له فلا يرجع على غيره ؛ أصله إذا اشترى طعامًا فأكله ثم استحق لم يرجع بالقيمة على البائع ، ولا يلزم قيمة الولد ، لأنه جزء القيمة «يدلّ على الرق» [٤] ، وذلك لم يسلم له .

---

(١) العقر : هي مهر المرأة إذا وطئت عن شبهة ، وسمي العقر عقرًا لأنه يجب على الواطئ بعقره إياها بإزالة بكارتها ، هذا هو الأصل ثم صار للثيب وغيرها . قال المناوي : العُقْر بالضم دية فرج المرأة إذا غصبت على نفسها ، ثم كثر حتى استعمل في المهر . وقال المطرزي : العُقر صداق المرأة إذا وطئت بشبهة . انظر طلبة الطلبة ص١٣٤ و١٣٥ ، التوقيف على مهمات التعاريف معجم لغوي مصطلحي لمحمد عبد الرؤوف المناوي تحقيق د. محمد رضوان ، ط دار الفكر المعاصر بيروت ، المغرب ص٣٢٢ . وانظر هذه المسألة في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى للإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم تصحيح وتعليق الشيخ أبي الوفاء الأفغاني ص١٣ ط مطبعة الوفاء ، مختصر اختلاف العلماء (١٤٤/٣) ، حاشية ابن عابدين (١٩٨/٥) ، المبسوط (٧٠/١١ ، ٧١) ، تبيين الحقائق (٢٣٤/٥) وفي اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى : « وإن اشترى الجارية فوطئها فاستحقها رجل فقضى له بها القاضي ، فإن أبا حنيفة كان يقول : على الواطئ مهر المثل على مثل ما يتزوج به الرجل مثلها يحكم به ذوا عدل ، ويرجع بالثمن على الذي باعه ولا يرجع بالمهر ، وبه نأخذ » وهو قول محمد كما في المبسوط . وكان ابن أبي ليلى يقول : على الواطئ المهر ويرجع البائع بالثمن والمهر ، لأنه قد غره منها » .

(٢) روضة الطالبين (٤٦٥/٣) ، الحاوي الكبير (٣٠٧/٦) ط دار الفكر ، مختصر خلافيات البيهقي (٣٢٧/٣) ، حلية العلماء (٢٦٦/٤) وعبارته « فإن اشترى أمة مُزَوَّجَةً ولم يعلم بالتزويج حتى أقبضها الزوج فهل يجوز له الرد بعيب التزويج على قولين : أحدهما : لا يرد ويرجع بالأرش ، والثاني : له الرد » .

(٣) انظر المراجع السابقة في المواضع السابقة . ويلاحظ أن الشافعية لم يصرحوا بتصنيف هذين القولين من حيث أنهما جديدان أو جديد وقديم كما ذكره الإمام القدوري ، فقالوا : إن فيها قولين ، إلا أن الإمام البيهقي ذكر في السنن الكبرى (٢١٩/٧) كتاب النكاح باب من قال يرجع المغرور بالمهر قول الشافعي في القديم : قضى عمر وعلي وابن عباس في المغرور يرجع بالمهر على من غره . وقال في الجديد : لا يرجع بالمهر فهذا يدل على تمييز القولين المنسوبين للشافعي ، وتصنيفهما إلى قديم وجديد .

(٤) هكذا في (د) وفي (ص) ، (ع) ، (م) : [بدل على الرق] .

١٦٣٤٧ - فإن قيل : دخل في العقد ليسلم له الاستباحة من غير عوض ، كما لو دخل ليسلم له الولد من غير عوض ، فإذا رجع رجع بما غرم من قيمة الولد كذلك العقد .

١٦٣٤٨ - قلنا : الولد مُوجَب بالعقد ، بدلالة أنه يجوز أن يُسْتَحَقَّ بالشرط . والمنفعة غير موجبة بعقد البيع ، بدلالة أنها لا تستحق به شرطًا ، وما ليس بموجب لا يثبت لأجله رجوع .

* * *

إكراه الرجل امرأة على الزنا

١٦٣٤٩ - قال أصحابنا : إذا أكره [١] الرجل امرأة على الزنا فعليه الحد ولا مهر عليه [٢] .

١٦٣٥٠ - وقال الشافعي : عليه الحد والمهر [٣] .

---

(١) الإكراه لغة : من الكره بالفتح ، وهو المشقة ، وبالضم القهر . وقيل بالفتح الإكراه وبالضم المشقة . وقيل هما لغتان في المشقة . وهو الإجبار والحمل على فعل شيء كارهًا تقول : أكرهته على أمر إكراهًا أي حملته عليه قهرًا . ويقال فعلته كَرْها بالفتح أي إكراها ، وعليه قوله تعالى : في سورة الفصلت ، الآية ١١ ﴿ طَوْعًا أَوْ كَرْهًا ﴾ فقابل بين الضدين . قال الفراء : الكره بالضم : المشقة . يقال قمت على كره ، أي على مشقة . انظر المصباح المنير (٦٤٣/٢) مادة كره ، لسان العرب (٣٨٦٥/٥) ، طلبة الطلبة ، ص٣٢٣ ، المغرب ص٤٠٦ .
وفي الاصطلاح : هو اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب . انظر المبسوط ، (٣٨/٢٤) .

(٢) انظر المبسوط ، (٩٠/٢٤) ، بدائع الصنائع ، (١٨١/٧) وعبارة السرخسي : « وفي كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب المهر لها ؛ إذ الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بسبب فعل واحد » ، وهو قول الإمام أحمد . رواه عنه ابن منصور . واختاره أبو بكر : أن الثيب لا مهر لها ، وإن أكرهت . انظر المغني مع الشرح (٤١٣/٥) .

(٣) كتاب الأم للشافعي (٢٦٤/٣) ، مختصر المزني مع الأم (٣٩/٣) ، الوجيز (٢١٣/١) ، الحاوي الكبير (١٦٣/٧) ، مغني المحتاج (٢٩٣/٢ ، ٢٩٤) وعبارة الحاوي « قال الشافعي رحمه الله : ولو استكره أمة أو حرة فعليه الحد والمهر . وقال الماوردي وهذا كما قال : إذا استكره الرجل امرأة على نفسها ، حتى وطئها كرهًا وجب عليه الحد دونها . واختلفوا في وجوب المهر لها ؛ فذهب الشافعي إلى وجوب المهر عليه حرة كانت أو أمة . وقول الشافعية قال الإمام أحمد في رواية ، وهي الأصح . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤١٢/٥) ، الإنصاف (١٦٨/٦) . وعند المالكية أقوال مختلفة . قال محمد بن المواز : اختلفوا في وجوب الصداق لها على ثلاثة أحوال : الأول : أنه يجب لها ، وهو قول مالك في رواية أشهب ، والثاني : أنه لا يجب لها ، وهو قول ابن القاسم في رواية عيسى عنه من كتاب الحدود . الثالث : أنه يجب لها الصداق إن كانت حرة ، ولا يجب لها إن كانت أمة . وهو قول ابن ماجشون . وقال الباجي : إن كانت حرة فلها صداق مثلها على من استكرهها ، ويجب على المكره الحد . وفي الأمة ما نقصها بكرًا كانت أو ثيبًا ، تغليبًا لشائبة المالية عليها . وذكر ابن رشد الحفيد : أن عليه الصداق والحد جميعًا قولًا واحدًا . انظر : التحصيل والبيان (٢٣٤/١١) ط دار المغرب الإسلامي ، المنتقى للباجي (٢٦٨/٦) ، بداية المجتهد (٣٢٤/٢) ، الذخيرة (٣٠٦/٨) . والحاصل أن مذهب الإمام أبي حنيفة وأصحابه وابن القاسم من المالكية والإمام أحمد بن حنبل في رواية منصور عنه أنه يجب عليه الحد ولا مهر لها . وذهب الإمام الشافعي والمالكية في المعتمد في رواية أشهب والحنابلة في أصح الروايتين إلى وجوب الحد عليه والمهر لها . وانفرد ابن الماجشون من المالكية بالتفرقة بين الحرة والأمة فأوجب المهر للحرة دون الأمة .

١٦٣٥١ - لنا قوله تعالى : ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ (١) ظاهر الآية أنها بيان جميع الحكم الواجب على الزاني ، ولو كان يجب عليه غير الحد لذكره .

١٦٣٥٢ - ولا يقال النبي ﷺ بيّنَ حُكْم الزانيين ، وهذا لا مهر للزانية ، وذلك لأنه تعالى ذكر حكم الزاني والزانية ، وهذا لا يقتضي اجتماعهما ، بل يقتضي وجوب الحد على كل واحد ، إذا وجد منه الزنا ، وإن لم يكن الآخر زانيًا . وهذا كقوله ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ ﴾ (٢) [ظاهره] (٣) يقتضي وجوب القطع على كل واحد ، وإن لم يشاركه (٤) الآخر في السرقة .

١٦٣٥٣ - فإن قيل وجوب الحد لا ينفي وجوب المهر . قلنا لم نستدل بالآية من هذا الوجه ، وإنما قلنا : إنه معنى الحكم الواجب على الزاني ، وكأن بيان الحق الواجب للآدمي أولى ، لأنه أحوج إلى حقه .

١٦٣٥٤ - ولأن كل وطء يجب به المهر استوى فيه الإكراه والطوع ، كالوطء للنكاح الفاسد .

١٦٣٥٥ - ولا يلزم المجنون إذا أكره عاقلةً على الوطء فوجب عليه المهر . وإن طاوعته لم يجب . لأنا لم نوجب إذا طاوعت من غير استدعاء ، وإنما سقط المهر إذا استدعته ، فالحكم يختلف بالاستدعاء وغيره ، لا يختلف بالطوع والإكراه . ولأنه وطء وجب [(٥) به] الحد عليه فلم يجب عليه المهر لها ، أصله إذا طاوعته (٦) .

١٦٣٥٦ - « فإن قيل » : المعنى في المطاوعة أن الحد يجب عليهما . قلنا : الحقوق التي تجب للمرأة على وجه العوض يستوي فيه الزانية وغيرُها ، بدلالة سائر حقوقها .

١٦٣٥٧ - فإن قيل (٧) المعنى في الزانية وجوب الحد عليها .

١٦٣٥٨ - قلنا : اعتبرنا في نفي المهر وجوب الحد على الواطئ ، واعتبرنا وجوبه على الموطوءة ، والوجوب يعود إلى فعله ، (٨) وكان وجوب السبب المنافي في حقه أولى

---

(١) سورة النور : الآية ٢ . (٢) سورة المائدة : الآية ٣٨ .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) . (٤) في (ع) ، (م) ، (ن) : [يشركه] .

(٥) ما بين المعكوفتين بدل من « له » الموجودة في جميع النسخ .

(٦) أجاب الماوردي عن هذا الدليل فقال : « وأما قياسهم على المطاوعة فالمعنى فيه وجوب الحد عليها » انظر الحاوي الكبير (١٦٤/٧) . (٧) في (ع) ، (م) : [قيل] .

(٨) عبارة « وكان وجوب يعود إلى فعله » مكررة في (ع) ، (م) .

بالإعادة .

١٦٣٥٩ - « فإن قيل » (١) الواجب لها وصفته الواجبة معتبرة بمنزلة الوجوب .

١٦٣٦٠ - قلنا : الوجوب يعتبر في ثبوته صفة الموجِبِ له والموجَبِ عليه ، فمتى لم يوجد محل الإيجاب لا يجب ، ألا ترى أن العبد إذا أكره مولاته على الوطء لم يجب المهر ، لأنه لا محل للإيجاب وإن كانت ممن يجب لها الحقوق .

١٦٣٦١ - كذلك في مسألتنا الزاني ليس بمحل لوجوب المهر ، فلا معنى لاعتبار صفة من وجب له .

١٦٣٦٢ - فإن قيل : المعنى في المطاوعة : أنها رضيت بإسقاط حقها ، فصارت كمن أذن لغيره في قطع [يده] (٢) وأذن في أكل طعامه (٣) .

١٦٣٦٣ - قلنا : « الباذلة » والآذنة في الوطء هي التي وجد فيها زائد على الطوع . وأصل علتنا المطاوعة ، وهي التي أمسكت عن المنع . وهذا المعنى لا يسقط الأعواض في الأصول ، بدلالة من لم يمنع « من إتلاف » (٤) ماله ومن إتلاف أعضائه لم يسقط ضمان ذلك وإنما / يسقط إذا أذن و « بذل » (٥) وهذه صفة زائدة على الطوع . ١٨٧/أ

١٦٣٦٤ - فلا يجوز لمخالفنا أن يعارضنا في غير الأصل على أن هذا فاسد . لأن الأسباب الموجبة يستوي فيها الرضاء بإسقاط البدل وعدمه في وجوب [المهر] (٦) بدلالة وطء المفوضة والمنكوحة نكاحًا فاسدًا على أن لا مهر لهما ، فلو كان الوطء من غير عقد ولا شبهة موجبٌ البدلَ استوى طوعها وإكراهها .

١٦٣٦٥ - ولأن الأمة لا مهر لها ، فوجب الحد على الواطئ ، ولا يجوز أن يكون أرضاها بإسقاط المهر ، لأن مهرها حق لمولاها وهي لا تملك إسقاطه ، فإن لم يسلموا هذا فقد دل عليه نهيه ﷺ عن مهر البغي (٧) وهي الزانية (٨) .

---

(١) هكذا في (ن) وفي (ص) ، (ع) ، (م) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٣) انظر الحاوي الكبير (١٦٤/٧) .

(٤) في (ع) ، (م) : [بإتلاف] . (٥) في (ع) ، (م) : [بذلت] .

(٦) ما بين بالمعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) روى البيهقي عن عطاء عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ نهى عن مهر البغي وعسب الفحل . في كتاب البيوع باب النهي عن ثمن الكلب . وروى الإمام أحمد في مسنده عن عبد الله بن عباس أنه ﷺ نهى عن مهر البغي وثمن الكلب وثمن الخمر . انظر السنن الكبرى (٦/٦) ، مسند الإمام أحمد (٢٣٥/١) ، مصنف ابن أبي شية (٢٠١/١٤) .

(٨) الحاوي الكبير (١٦٤/٧) حيث أجاب الماوردي عن هذا الحديث فقال : فأما الجواب عن نهيه عن مهر =

١٦٣٦٦ - ولأنه وطء واحد فلا يجب به حد ومهر . أصله إذا وجد على فراشه امرأة فوطئها .

١٦٣٦٧ - ولأن الحد والمهر كل واحد منهما مُوجِبٌ للوطء ، وكل وطء تعلق به أحد موجبيه لم يتعلق به الآخر ، بدلالة الوطء بشبهة . ولأن الحد سقط بالشبهة والمهر لا يسقط [بها] [١] ولا يختار بفعل واحد كالأرش « والقصاص » [٢] .

١٦٣٦٨ - ولأن الأسباب الموجبة للحدود لا يتعلق بها « المال » [٣] أصله الردة والقذف .

١٦٣٦٩ - قالوا : يبطل بالزنا في رمضان حيث يتعلق به الحدود والكفارة .

١٦٣٧٠ - قلنا : لا يلزم على العلة الأولى لأن كل واحد من الحدود وكفارة الصوم يسقط بالشبهة .

١٦٣٧١ - ولا يلزم على الثانية ، لأن الحد يجب بالوطء والكفارة لهتك حرمة الشهر وهما أمران مختلفان .

١٦٣٧٢ - ولا يلزم إذا شرب خمر الذمي أنه يجب عليه الحد والضمان ولأن الضمان يجب بحصولها في فمه ، لأن ذلك استهلاك لها والحد بوصولها إلى جوفه ، وهما فعلان مختلفان ولا يلزم إذا زنى بها مكرهة فأفضاها ، لأن الحد يجب بالتقاء الختانين والإفضاء يكون بمجاوزة الموضع المعتاد للوطء ، وكل واحد من الفعلين غير الآخر .

١٦٣٧٣ - لا يلزم إذا وطئ امرأة ابنه قبل دخول زوجها بها يقصد بذلك إفساد النكاح أنه يحد ويجب عليه ضمان نصف المهر .

١٦٣٧٤ - لأن الضمان عندنا لا يجب بالوطء بدلالة أن الزوج لو دخل بها لم يضمن الواطئ وكذلك لو لم يقصد « الإفساد » [٤] .

١٦٣٧٥ - وإنما يجب الضمان لأنه « فوت » [٥] عليه ضمانًا ، فجاز أن يتخلص منه بوقوع الفرقة بفعل المرأة . وهذا معنى غير الوطء ، ألا ترى أنه بالرضاع على وجه الفساد ثبت الرجوع لتفريق المهر عليه .

= البغيُّ فروي بالتشديد يعني مهر الزانية ، والمستكرهة غير زانية ، ألا ترى أن الحد ساقط عنها ، ولو كانت بغيًّا لوجب الحد عليها .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٢) في (ع) ، (م) ، (ن) القصاص وهو الصواب أما في نسخة (ص) فبلفظ « النقصان » . وهو خطأ .

(٣) في (ص) : [الحدود] والصواب ما من أثبتناه من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٤) في (ص) : [الفساد] .

(٥) في (ع) ، (م) ، (ن) : [فوت]

١٦٣٧٦ - فإن قيل : المعنى في القصاص والدية أنهما بدلان عن مبدل واحد ، فلم يجز اجتماعهما كالمثل والقيمة ، وليس كذلك الحد والمهر ، لأنهما حقان بجملتين مختلفتين ، فلهذا وجبا معًا .

١٦٣٧٧ - [وكما] [١] لا يجوز اجتماع المثل والقيمة ، لا يجوز أن يجب مثلان ، ولا قيمتان [٢] . ثم وجب في قتل النفس قتل جماعة [٣] وكل واحد منهم مثل ، فعلم أن المانع من اجتماع القصاص والدية ليس هو لما ذكروه ، وإنما هو اختلاف « سببهما » [٤] . وأما المهر والحد وإن وجب [بجملتين مختلفتين] [٥] ، فسببهما متناف ، بدلالة أن الحد لا يجب إلا مع ارتفاع أسباب الاستحقاق وما جرى مجراها ، والمهر موضوعه أن يجب عند العقود وما جرى مجراها ، فلم يجتمعا مع تنافي سببهما .

١٦٣٧٨ - احتجوا : بقوله ﷺ : (فإن دخل بها فلها مهر مثلها بما استحل من فرجها [٦]) .

١٦٣٧٩ - قلنا : استحل : استفعل من التماس الحلّ ، وهذا « يوجد » [٧] في النكاح والشبهة دون غيره .

---

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) قاعدة : « لا يجوز اجتماع المثل والقيمة ، ولا يجوز أن يجب مثلان ، ولا قيمتان » .

(٣) ذهب جمهور فقهاء الأمصار منهم الإمام أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد وغيرهم إلى أن الجماعة تقتل بالواحد ، وبه قال عمر بن الخطاب وعلي والمغيرة بن شعبة وابن عباس من الصحابة وسعيد بن المسيب والحسن وعطاء وقتادة من التابعين ، وهو مذهب الثوري والأوزاعي وإسحاق وأبي ثور . وروي عن عمر بن الخطاب أنه قتل نفرًا خمسة أو سبعة برجل قتلوه قتل غيلة ، وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعًا « وفي رواية أخرى عنه : « لو اشترك أهل صنعاء لقتلتهم » انظر السنن الكبرى (٤١/٨) ، الاختيار (٨٢/٤) وبداية المجتهد (٣٩٩/٢) نهاية المحتاج (٢٧٧/٧) المغني (٢٦٨/٨) لابن قدامة بتصحيح محمد خليل هراس مطبعة الإمام بمصر .

(٤) في (ع) ، (م) : [شبههما] .

(٥) ما بين المعكوفين ساقط من (م) .

(٦) رواه الترمذي في الجامع الصحيح (٤٠٧/٣ ، ٤٠٨) كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي ، رقم ١١٠٢ ورواه أبو داود في سننه (٥٦٦/٢ ، ٥٦٧) رقم ٢٠٨٢ عن عائشة كتاب النكاح ، باب في الولي ورواه ابن ماجه في سننه (٦٠٥/١) كتاب النكاح رقم ١٨٧٩ باب لا نكاح إلا بولي ، ورواه الحاكم في المستدرك (١٦٨/٢) كتاب النكاح ، والبيهقي في السنن الكبرى (٢١٩/٧) كتاب النكاح ، والإمام أحمد في مسنده ٦٦/٦ عن عروة عن عائشة . وانظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٦٣/٧) ووجه الدلالة : أن المستكره مستحل لفرجها فاقتضى أن يلزمه مهرها .

(٧) في (ع) ، (م) : [يوجب] .

١٦٣٨٠ - قالوا : كل ما ضمن بالإتلاف في العقد الفاسد ضمن بالإكراه والغصب كالأعيان [١] .

١٦٣٨١ - قلنا : نقول بموجبه فإن المجنون إذا أكره امرأة فوطئها ضمن مهرها . والمعنى في الأعيان لو أتلف مع ترك مالكها للمنع ضمنه . وكذلك إذا أتلف مع الإكراه . ومنفعة البضع لو أتلف مع إمساكها عن المنع لم يضمن ، كذلك إذا استوفت ممن أكرهها لم يضمن .

١٦٣٨٢ - قالوا : ملتزم حق الإسلام صادف وطئه من يملك عليه بدل المتلف ، فإذا لم يجب الحد عليها كان لها المهر كالوطء بشبهة [٢] .

وقولهم : (ملتزم حكم الإسلام) : احتراز من الحربي إذا أكره مسلمة . وقولهم : (صادف وطؤه) احتراز مما إذا استدخلت ذكر النائم ، لأنه لم يوجد وطؤه .

١٦٣٨٣ - وقولهم : (من يملك عليه البدل) احتراز من وطء العبد مولاته أو أمة لسيده أو وطء المسلم حربية كرهًا . وقولهم : إذا لم يوجب الحد على الموطوءة احتراز من المطاوعة إذا وجب عليها الحد .

١٦٣٨٤ - الجواب : أن وجوب الحد عليها إذا نفى المهر فوجوب الحد عليه مثله ، لأن المعنى المنافي قارن سبب الوجوب .

١٦٣٨٥ - ولأن الوطء بالشبهة [لما لم يجب به الحد على الواطئ جاز أن يجب به المهر ، ولَـمَّا وجب بهذا الوطء الحدُّ عليه لم يجب المهر كالمطاوعة .

١٦٣٨٦ - قالوا : الموطوءة بشبهة] [٣] رضيت بالوطء ، فإذا وجب لها المهر فالمكرهة التي لم ترض بالبذل أولى [٤] .

١٦٣٨٧ - قلنا : قد بينا الأسباب التي يتعلق بها [المهر] [٥] ويستوي فيها الطوع والإكراه ، وهي الوطء بنكاح فاسد وشبهة ، والوطء الذي لا يتعلق به مهر ويستوي فيه

(١) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٦٤/٧) قال الماوردي : « ولأن منافع البضع تجري مجرى الأموال ، لأنها تملك بعوض في النكاح ويملك بها عوض الخلع . ثم ثبت أن الأموال تضمن بالغصب ، وكذلك منافع البضع » .

(٢) انظر هذا المعنى في المغنى مع الشرح الكبير (٤١٣/٥) وعبارته « فإذا كان الواطىء من أهل الضمان في حقها وجب عليها مهرها كما لو وطئها بشبهة » .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٤) الحاوي الكبير (١٦٣/٧ ، ١٦٤) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

الإكراه والطوع . ولأنا بينا أن « المطاوِعة »[١] ما بَذَلَتْ وإنما أمسكت عن الامتناع ، وهذا ليس ببذل بدلالة الممسك حتى يتلف ماله . قالوا : الحد يجب لحق الله تعالى والمهر لحقها ، وكل واحد منهما ينفرد عن الآخر فجاز أن يَجِبَا بفعل كل واحد كالجزاء و القيمة[٢] .

١٦٣٨٨ - قلنا : الحد يجب لحق الله تعالى ، والمهر يجب لحقه وحقها ، فهما كالحقين « لمستحق »[٣] واحد . والمعنى في الجزاء و القيمة أنهما يجبان لحق مستحق واحد [بدلالة الصيد المنذور إذا أتلفه المحرم ، فجاز أن يجب لحق مستحقين ، والمهر والحد لا يجتمعان لحق مستحق واحد][٤] فلم يجتمعا لحق اثنين .

١٦٣٨٩ - قالوا : المهر يجب لإتلاف حقها ، والحد بفعل منهي عنه لحق الله تعالى ، فإذا أكرهها فقد فعل ما حظر الله تعالى ، وأتلف حقها فاجتمع الواجبان كالجزاء والقيمة[٥] .

١٦٣٩٠ - [قلنا : هذا يبطل بالمطاوِعَة على ما أمرها ، وقد تكلمنا على الجزاء والقيمة][٦] .

١٦٣٩١ - قالوا : كل حكم تعلق بفعل محظور اعتبر ثبوته [ورضا[٧]] المتلف عليه ، بدلالة من بذل لغيره فقطع يده فالقطع محظور ولا ضمان . ولو أكرهه على قطعها فالفعل محظور ويجب الضمان ، واختلف الحكم باختلاف المتلف عليه[٨] .

١٦٣٩٢ - قلنا : إذا وطئها بنكاح فاسد مكرهة أو « باذلة »[٩] فلها المهر . وإن اختلفت صفتها [كذلك لا يمنع أن يسقط المهر في المطاوعة وإن اختلف صفتها][١٠] .

---

(١) في (ص) : [الطابعة] وفي (ع) ، (م) : [المطابقة] والصواب ما أثبتناه من (ن) .

(٢) انظر هذا المعنى في بداية المجتهد (٣٢٤/٢) وعبارته وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان حق لله وحق للآدمي فلم يسقط أحدهما الآخر ، أصله السرقة التي يجب بها عندهم غرم المال والقطع .

(٣) في (ع) ، (م) : [مستحق بحذف حرف اللام] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٥) انظر بداية المجتهد (٣٢٤/٢) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) بدل من « سقوطه » في النسخ جميعها .

(٨) في هذا المعنى قال الماوردي في محل رده على أدلة الحنفية فقال : إن كان فعلًا منه فحكمه معتبر بحال من أتلف عليه . ألا ترى أن رجلًا لو قتل عبدًا بإذن سيده سقطت القيمة عنه . ولو كان بغير إذنه وجبت القيمة عليه ، وهو في الحالتين قاتل عاص ، لكن سقط عنه في الحال الأول لرضا المتلف عبده وإذنه ووجب عليه في الحال الثاني لعدم رضاه وإذنه . كذلك الموطوءة إن طاوعت فهي راضية بإتلاف بضعها بغير بدل ، وإن استُكرِهت فهي غير راضية بإتلافه على غير بدل . انظر الحاوي الكبير (١٦٤/٧) .

(٩) في (م) : [باذلة] وفي (ع) : [نادلة] . (١٠) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

مسألة ٨١٢

غصب العقار وضمانه

١٦٣٩٣ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف : العقار [١] لا يضمن بالغصب [٢] .

١٦٣٩٤ - وقال محمد : يضمن [٣] وبه قال الشافعي رحمه الله [٤] .

١٦٣٩٥ - وهل يكون العقار مغصوبًا ؟ قال في الجامع الكبير [٥] : العقار لا يغصب .

---

(١) العقار بالفتح في اللغة : كل ما له أصل وقرار ثابت كالأرض والدار والضياع والنخيل والجمع عقارات . انظر لسان العرب (٣٠٣٧/٤) مادة عقر . والمصباح المنير (٥٧٦/٢) وكتاب التعريفات ص١٩٨ .

(٢) انظر بدائع الصنائع (١٦٥/٧) والمبسوط (٧٣/١١) .

(٣) هو قول الإمام أبي يوسف الأول ، وبه قال زفر بن الهذيل من الحنفية والإمام أحمد في رواية ابن منصور . انظر المبسوط (٧٣/١١) ، تبيين الحقائق (٢٢٤/٧) ، البناية على الهداية (٣٥١/٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٧٨/٥) .

(٤) انظر الوجيز (٢٠٦/١) ، حلية العلماء (٢٣٨/٥) ، الإشراف (٣٢٠/٣ ، ٣٢١) ، الحاوي (١٦٦/٧) ، المهذب (٣٧١/١) وبه قال الإمام مالك والإمام أحمد في ظاهر مذهبه ، وهو المنصوص عن أصحابه ، وابن حزم ، ففي بداية المجتهد واختلفوا في ما لا ينقل ولا يحول مثل العقار فقال الجمهور : إنها تضمن بالغصب ، أعني أنها إن تهدمت الدار ضمن قيمتها . وقال القرافي : العقار عندنا يضمن بالغصب . وقال ابن قدامة : إنه يتصور غصب العقار من الأراضي والدور ، ويجب ضمانها على غاصبها . هذا ظاهر مذهب أحمد ، وهو المنصوص عن أصحابه . انظر بداية المجتهد (٣١٦/٢) ، الذخيرة (٢٨٥/٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٢٧٨/٥) ، الشرح الكبير مع المغني (٣٧٥/٥) ، المبدع (١٥١/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٠/٢) ، الإنصاف (١٢٣/٦) ، المحلى (٤٤/٨) .

(٥) هو كتاب الجامع الكبير في الفروع للإمام المجتهد أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني المتوفى سنة ١٨٩هـ . قال الشيخ أكمل الدين البابرتي عن هذا الكتاب هو كاسمه لجلائل مسائل الفقه جامع كبير ، اشتمل على عيون الروايات ومتون الدرايات ، بحيث كاد يكون معجزًا . وقد قام بشرحه كثير من الأئمة منهم الفقيه أبو الليث السمرقندي المتوفى سنة ٣٧٣هـ وفخر الإسلام البزدوي المتوفى سنة ٤٨٢هـ والقاضي الدبوسي المتوفى سنة ٤٣٠هـ وأبو جعفر الطحاوي المتوفى سنة ٣٧١هـ وأبو عبد الله الجرجاني المتوفى سنة ٣٩٨هـ وأبو بكر الرازي الجصاص المتوفى سنة ٣٧٠ وغيرهم من الشراح . وهذا الكتاب مطبوع بدار إحياء التراث العربي بيروت . انظر كشف الظنون (٥٦٧/١ - ٥٧٠) ومقدمة الجامع الكبير ٣ - ٧ ، هذا وقد تصفحناه صفحة بعد صفحة ولم نر فيه هذه المسألة ولكن بالرجوع إلى مختصر الطحاوي وجدنا قول الإمام محمد بن الحسن أن العقار مضمون .

١٦٣٩٦ - وكذلك ذكر الطحاوي من أصحابنا من قال : يغصب ومن قال : لا يضمن بالغصب [١] .

١٦٣٩٧ - والدليل على أنه لا يضمن ما روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « من أخذ شبرًا من الأرض بغير حق طوقه [يوم القيامة] [٢] من سبع أرضين » [٣] .

١٦٣٩٨ - وروى يعلى بن مرة [الثقفي] [٤] أن النبي ﷺ قال : « من أخذ أرضًا

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ص١١٨ ، وعبارته « ومن حال بين رجل وداره فحدث فيها في تلك الحال هدم أو ما أشبهه من غير فعل الحائل بينه وبينها فإن أبا حنيفة كان يقول : لا ضمان في ذلك . وكان مذهبه أن الدور لا تغصب ، وأنه لا يغصب إلا ما يجوز تحويله ونقله من مكان إلى غيره وأما أبو يوسف ومحمد فكانا يجعلانها بذلك مضمونة ، ويوجبان على ضامنها قيمة ما حدث فيها » وقال الطحاوي في اختلاف الفقهاء في كتاب الغصب : « قال أبو حنيفة وأبو يوسف : العقار لا يضمن بالغصب ، إلا إذا انهدم من فعله . وقال محمد : يضمن بالغصب ، وإن انهدم من غير عمل » . والحاصل إن الفقهاء اختلفوا في هذه المسألة على قولين ؛ فذهب الإمام أبو حنيفة وصاحبه أبو يوسف في قوله الثاني ، والإمام أحمد في رواية ابن منصور إلى أن العقار لا يضمن بالغصب . وذهب محمد وزفر وأبو يوسف في قوله الأول والإمام مالك والشافعي وأحمد في رواية وابن حزم إلى أن العقار يضمن بالغصب . وسبب اختلافهم في ذلك : هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ما ينقل ويحول ، فمن جعل حكم ذلك واحدًا قال بالضمان ، وهو قول محمد ومن معه ، ومن لم يجعل حكم ذلك واحدًا قال بعدم الضمان . وهو قول أبي حنيفة ومن معه . انظر المراجع السابقة في نفس المواضع .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٣) في صحيح البخاري كتاب المظالم باب إثم من ظلم شيئًا من الأرض عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وكانت بينه وبين أناس خصومة في الأرض فدخل على عائشة ﵂ فذكر لها ذلك ، فقالت : يا أبا سلمة اجتنب الأرض ، فإن رسول الله ﷺ قال : من ظلم قيد شبر طوقه من سبع أرضين . وعن سالم عن أبيه قال النبي ﷺ : « من أخذ شيئًا من الأرض بغير حقه خسف به يوم القيامة إلى سبع أرضين » . (١٣٠/٤) وأخرج مسلم عن أبي هريرة في صحيحه كتاب المساقاة ، باب تحريم الظلم وغصب الأرض (١٢٣١/٢) رقم ١٤١ - ١٦١١ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن أبي هريرة بلفظ من أخذ (٩٩/٦) وأخرجه الإمام أحمد في مسنده عن أبي هريرة (٤٣٢/٢) وتلخيص الحبير (٥٣/٣) رقم ١٢٦٩ .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) . وهو الصحابي الجليل يعلى بن مرة بن وهب بن جابر الثقفي ، أسلم وشهد مع النبي ﷺ الحديبية ، وبايع بيعة الرضوان ، وشهد خيبر والفتح وهوازن والطائف ، كان من أصحاب علي بن أبي طالب ، سكن الكوفة ، وقيل سكن البصرة ، وروى عنه ابنه عبد الله وعثمان ، وروى عنه أيضًا عبد الله بن حفص وسعيد بن راشد وغيرهم . روى عنه ٢٦ حديثًا . انظر أسد الغابة (٥٢٥/٥ ، ٥٢٦) ط دار الشعب ، والاستيعاب (١٤٩/٤) وتهذيب الكمال (٣٩٨٠/٣٣) وأسماء الصحابة الرواة ، وما لكل واحد من العدد لابن حزم تحقيق سيد حسن دار الكتب العلمية بيروت ص١٠٨ والإصابة (٦٨٧/٦) رقم ٩٣٦٨ ط نهضة مصر القاهرة .

بغير حقها كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر »[1] فالنبي ﷺ ذكر الوعيد ، ولم يذكر الضمان وهو الحكم المعجل فلو كان واجبًا لذكره[2] .

١٦٣٩٩ - ولأنه لم يُحْدِثْ فيه فعلًا فلم يصر غاصبًا ، أو فلم يضمنه ضمان الغاصب ، كالمنقولات إذا مُنِعَ صاحبُهَا منها ولم ينقلها .

١٦٤٠٠ - ولأنه باقٍ في المكان الذي كانت يد صاحبه ثابتة عليه فيه ، فلم يكن مغصوبًا ، أو لم يضمنه ضمان الغصب . أصله المنقول إذا لم ينقله ، ولأن الضمان إذا تعلق بالفعل استوى فيه العقار وغيره أصله الإتلاف . ومن علتنا[3] أن ما سوى العقار لا يضمن ضمان الغصب بالتخلية ، وكذلك العقار .

١٦٤٠١ - ولأن العقار ممنوع من الانتقال ، فصار كالعبد إذا رام غصبه فمنعه من نفسه ، أو فلم يتابعه .

١٦٤٠٢ - ولا يلزم على ما ذكرنا جاحد الوديعة ، والشاهدان إذا رجعا ، وولد المغصوبة إذا طولب به فلم يرده ، والثوب تلقيه الريح إلى داره فيُطْلب منه فلا يرده .

١٦٤٠٣ - لأن هذا كله عندنا ليس بغصب ، ولا يضمن بضمان الغصب ، وإنما هو ضمان آخر . فأما جاحد الوديعة والشاهدان إذا رجعا فهو ضمان تعلق بالقول لا بالفعل .

١٦٤٠٤ - ولهذا يقول أبو حنيفة رحمه الله : إن الصبي إذا جحد الوديعة لم يضمنها ، لأنه لا يضمن بالقول وكذلك العبد المحجود[4] .

١٦٤٠٥ - وكان أبو بكر الرازي يقول : إنه يضمن ضمان التمليك ، لأنا حكمنا له

---

(١) أخرجه الحافظ أبو بكر الخطيب البغدادي في موضح أوهام الجمع والتفريق (٢٩٢/١) ط مؤسسة الكتب الثقافية عن أيمن أبي ثابت قال : سمعت يعلى بن مرة الثقفي يقول : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « من أخذ أرضًا بغير حق كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر » ، وكذلك رواه الهيثمي في مجمع الزوائد (١٧٥/٤) ، كنز العمال (٦٤١/١٠) رقم ٣٠٣٦٤ .

(٢) انظر المبسوط (٧٤/١١) وتبيين الحقائق (٢٢٤/٥) قال السرخسي : حجتنا في ذلك الحديث فإن النبي ﷺ بين جزاء غاصب العقار من الوعيد في الآخرة ، ولم يذكر الضمان في الدنيا ، فذلك الدليل على أن المذكور جميع أجزائه . ولو كان الضمان واجبًا لكان الأولى أن يبين الضمان لأن الحاجة إليه أمس .

(٣) في (ص) ، (ع) ، (ن) : [علمنا] والصواب ما أثبتناه من (م) .

(٤) لأن كون المودَع مكلفًا شرط لوجوب الحفظ عليه ، حتى لو أودع صبيًا فاستهلكها لم يضمن ولو كان عبدًا محجورًا ضمن بعد العتق . وأما بلوغ المودع فليس بشرط ، حتى يصح الإيداع من الصبي المأذون . انظر البحر الرائق لابن نجيم (٢٩٨/٧) ، بدائع الصنائع (٢٠٧/٦) .

بحكم الملك [السابق] [١] في المجحود ، ويضمن الشهود بإتلاف الملك ، بدلالة أن المشهود عليه لا يقبل ضرر نفسه . والعقار يضمن عندنا بالإتلاف [٢] .

١٦٤٠٦ - ولأن الشهود نقلوا الملك في الظاهر والعقار يضمن بنقل الملك كالمبيع .

١٦٤٠٧ - ومن أصحابنا من قال : جاحد الوديعة يضمنها بالنقل الثابت / بدلالة أنها لو هلكت قبل جحوده ضمنها ، فدل على أنه يضمن عند الجحود بالنقل السابق [٣] . وأما ولد المغصوبة إذا جحده ، وولد الوديعة والثوب الذى ألقته الريح ، فضمانه يشبه ضمان الغصب وليس بغصب . [وهذا غير ممتنع] [٤] كضمان المقبوض بالسوم ، وبالبيع الفاسد ، وضمان العارية عند مخالفتنا .

١٨٧/ب

١٦٤٠٨ - ولأن هذا قد جرى مجرى المنقول وإن لم ينقل ؛ بدلالة أنه في مكان لم يكن يد المالك ثابتة عليه فيه ، مع منع المالك منه . ويدل عليه أن كل عين لا يجب القطع بسرقتها لا يجب الضمان بثبوت اليد عليها . أصله الحر .

١٦٤٠٩ - ولأن الضمان أخذ ما يستوفى من السارق فلم يتعلق بأخذ العقار . أصله القطع ، ولأن ما يصح سرقته لا يصح غصبه . أصله الحر .

١٦٤١٠ - احتجوا بما روي أن رجلًا من حضرموت [٥] ورجلاً من كندة [٦] تحاكما إلى النبي ﷺ فقال الحضرمي : أرضي غصبها [وهي في يده] [٧] أبو هذا ، ولم ينكر عليه ﷺ ذلك [٨]

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٢) هذا متفق عليه انظر مختصر اختلاف العلماء لأبي بكر الرازي (١٧٦/٤) وتبيين الحقائق (٢٢٤/٥) والمبسوط (٧٣/١١) والمغني مع الشرح الكبير (٣٧٩/٥) .

(٣) انظر نتائج الأفكار (٢٥١/٨) ، فقد جاء فيها : إذا كان العقار وديعة في يده فجحده كان ضامنًا بالاتفاق فكذا بالغصب .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) حضرموت اسمان مركبان والنسبة إليه حضرمي وكذلك الجمع يقال من الحضارمة وهي ناحية واسعة في شرق عدن في اليمن بقرب البحر ، وحولها رمال كثيرة تعرف بالأحقاف وبها قبر هود عليه السلام وبهذه القبيلة عرفت مقاطعة حضرموت . انظر معجم البلدان (٢٦٩/٢ ، ٢٧٠) ومعجم قبائل العرب القديمة والحديثة لعمر رضا كحالة (٢٨٢/١) ط دار العلم للملايين .

(٦) كِنْدة بالكسر اسم قبيلة وموضع باليمن . انظر معجم البلدان (٤٨٢/٤) ومعجم قبائل العرب (٩٩٨/٣) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) ، والصواب إثباتها كما هو موجود في الحديث ، وكما هو ثابت في (ن) .

(٨) رواه الإمام مسلم في صحيحه ، كتاب الإيمان باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجر بالنار (١٣٣/١ ، ١٣٤) رقم ٢٢٣ ورواه الطبراني في المعجم الكبير (٨/٢٢) وأحمد بن حنبل في مسنده (٣١٧/٤) .

فدل على أن العقار يغصب [١] .

١٦٤١١ - [قالوا : روي أن النبي ﷺ قال : « من أخذ شبرًا من أرض » وروي من غصب »] [٢]

١٦٤١٢ - قلنا : إن كان هذا دليلًا على إثبات الاسم فمن أصحابنا من سلم ، أو نقول : هو مغصوب ، وقد يغصب ما لا يضمن كغصب الحر وغصب الخمر على المسلم . ومن أصحابنا من منع الغصب وقال تسميته غصبًا على وجه المجاز ، كما يقال باع حرًا .

١٦٤١٣ - وكما روي في هذا الخبر من سرق شبرًا من أرض [٣] فسماه سارقًا وإن كانت السرقة لا تثبت في الحقيقة . وإنما شبهه بالسارق ، كذلك ذكر الغصب والغاصب .

١٦٤١٤ - وقولهم : إنه قال وهي في يده فلا يمنع أن اليد ثبتت على العقار ، إلا أن الغصب ليس هو مجرد ثبوت اليد حتى ينضم إليه النقل .

١٦٤١٥ - وإن كان هذا احتجاجًا في الحكم فقد بينا أنه دلالة لنا ، و أن النبي ﷺ لم يذكر الضمان مع شدة الاهتمام به ووقوع الحاجة إليه ، فلو كان واجبًا لذكره .

١٦٤١٦ - قالوا : كل ما يضمن بمقتضى عقد صح غصبه ، وصح أن يضمن بالغصب كما ينقل ويحول [٤] .

١٦٤١٧ - قلنا : ضمانه بمقتضى عقد أوجب الضمان بأمرين : بالعقد وما ثبت من توابعه ، وهو القبض . والغصب مجرد القبض . وليس إذا ضمن الشيء بأمرين وجب أن يضمن بأحدهما .

١٦٤١٨ - ولأنه قد يضمن بالقبض كحكم العقود ما لا يضمن بغير عقد ؛ بدلالة أن من استأجر حرًا فلم يفسد اليد ، فتلفت المنافع تحت يده ضمنها . ولو غصبه فحبسه تلفت المنافع تحت اليد على ذلك الوجه ولا يضمنها .

---

(١) انظر الإشراف (٣٢١/٣ ، ٣٢٢) ، المحلى لابن حزم (١٤٤/٨) فقال ابن حزم بعد ذكر حديث أبي هريرة المتقدم : صح أن الأرض تؤخذ بغير حق ، فصح أنها تغصب .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) انظر هذا الدليل في الذخيرة (٢٨٥/٨) ، المبسوط (٧٣/١١) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٧٨/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٠/٢) .

(٣) رواه الطبراني انظر المعجم الكبير للطبراني (١٤٩/١ ، ١٥٠) رقم ٣٤٢ ط بغداد ، وكذلك رواه الإمام أحمد ابن حنبل في مسنده ١٨٨/١ عن سعيد بن عمر بن النفيل . انظر أيضًا كنز العمال (٦٢٠/١٠) رقم ٣٠٣٥٩ .

(٤) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٣٥/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٣٧٨/٥) .

١٦٤١٩ - ولأن قبض العقود ثبت به الضمان . وإن كان قبضًا حكمنا بذلك عليه أن المشتري لو أعتق العبد المبيع صار بذلك قابضًا . وبمثله لو أعتق العبد المشترى لم يصر [1] [غاصبًا] [2] لنصيب شريكه . ولهذا لا يضمنه مع الإعسار [3] .

١٦٤٢٠ - ولأن الحكم إذا كان بصحة الغصب فعندنا يصح غصب العقار بما يصح به غيره ، وهو النقل . فإذا نقل الأبنية وتراب البقعة صار بنقله لذلك غاصبًا . وإنما الكلام هل يصير غاصبًا من غير نقل ؟ وعليه [4] لا يعطى أكثر من إثبات الغصب في الجملة ، وإن كان الحكم [صح] [5] أن يضمن بالغصب .

١٦٤٢١ - قلنا : بموجبه إذا نقله أو نقل بعضه . ثم أصلهم المنقولات ، وهي دلالة لنا أنها لـمَّا ضمنت بالقبض عن عقد لم يضمن في العقد من غير نقل كالمنقول [6] .

١٦٤٢٢ - قالوا : كل سبب ضمن به ما ينقل ويحول ضمن به ما لا ينقل ولا يحول ، كالإتلاف [7] .

١٦٤٢٣ - قلنا : نقول بموجبها ، لأن الغصب يُضْمَنُ به ما لا ينقل ولا يحول إذا نقل ، كما تُضمن المنقولات .

١٦٤٢٤ - ولأن الإتلاف لمَّا ضُمِنَ به أحد الأمرين كما ضمن الآخر تساويا في كيفية وقوع سبب الضمان ، وهو الإتلاف ؛ ولمَّا لم يتساويا في صفة السبب الذي هو الغصب - لم يتساويا في ضمانه .

١٦٤٢٥ - ولأنه قد يضمن بالإتلاف ما لا يضمن بالغصب كالحر .

١٦٤٢٦ - قالوا : أسباب الضمان : قبض ، وغصب ، وإتلاف . فلما استوى المنقول وغيره في ضمان القبض والإتلاف ، كذلك في ضمان الغصب [8] .

١٦٤٢٧ - [قلنا : يتساويان عندنا في وجوب الضمان بالغصب . وإنما الكلام كيف

---

(١) في (ع) ، (م) : [لم يضمن] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٣) في (ع) ، (م) ، (ن) : [الاعتبار] .
(٤) في (ص) ، (ع) : [عليهم] والصواب ما أثبتناه من (م) ، (ن) .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٦) في (ص) ، (م) : [كالمنقولات بالجمع] .
(٧) انظر الذخيرة (٢٦٥/٨ ، ٢٨٦) وعبارته « ولأنه يضمن بالعقود فيضمن بالغصب كالمنقول أو نقول يضمن بالإتلاف فيضمن بالغصب كالمنقول » .
(٨) انظر قوانين الأحكام الشرعية والمسائل الفقهية لابن جزي ص٢٨٧ .

يغصب ؟ فلم يسو بين المنقول وغيره في كيفية الغصب] [١] كما سوى بينهما في كيفية الإتلاف والقبض . مخالفنا يفرق بينهما في كيفية الغصب ، فيجعله غاصبًا في المكان بالتخلية ولا يجعله غاصبًا بها في المنقول ، وكنا نحن أسعد بهذا الكلام منهم .

١٦٤٢٨ - قالوا : الغصب إزالة يد المالك ظلمًا وقهرًا ، وهذا موجود في العقار ، فوجب أن يكون به غاصبًا ضامنًا . الدليل على أن يده قد حصلت عليه : أنهما لو تنازعا ولم يعلم سبب اليد كان القول قول صاحب اليد [٢] .

١٦٤٢٩ - قلنا : هذا دليل من زعمكم على إثبات الغصب فلم يجب أن يضمن به . وقد يغصب ما لا يضمن كالحر وخمر المسلم .

١٦٤٣٠ - فإن قالوا : الحر لا يثبت عليه اليد . قلنا : غلط ، بل يثبت اليد عليه مشاهدة ، وبهذا استحق الأجرة بتسليم نفسه في الإجارة وإن لم يعمل . ولهذا لو غصب صبيًّا صغيرًا لا يعبر عن نفسه ثم نوزع فيه [٣] كان القول قوله أنه عبده . فدل على أن اليد تثبت عليه ، ومع هذا لا يضمن . ولأن الحد الذي ذكروه غير مسلم .

١٦٤٣١ - و [لأن] [٤] الغصب عندنا هو نقل الملك عن المكان الذي كانت يد المالك [عليه فيه ، بغير حق . الدليل عليه أن من منع المالك] [٥] من ملكه وحبسه عنه فقد أزال يد المالك] [٦] ظلمًا وقهرًا ، وأثبت يده عليه ، ولا يكون غاصبًا .

١٦٤٣٢ - قالوا : نوع مال ؛ فجاز أن يضمن بالغصب ، أصله ما ينقل [٧] .

١٦٤٣٣ - قلنا : نقول بموجبه ؛ لأنه يضمن عندنا إذا وجب [أن يضمن] [٨] الغصب فيه بالنقل والتحويل على ما بيَّنَّا .

١٦٤٣٤ - قالوا : الأرض تثبت عليها اليد . فإذا ثبت بعدوان وصاحب اليد من أهل

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) انظر هذا المعنى في المبسوط (٧٣/١١) ، حاشية الدسوقي (٤٤٢/٣ ، ٤٤٣) ، شرح الخرشي (٢٩/٦) ، الذخيرة (٢٨٥/٨) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٠/٢) .

(٣) في (ع) ، (م) ، (ن) فيه وهو الصواب أما في (ص) فمه .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه من (ن) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٧) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٦٧/٧) وعبارته : « كل ما ضمن باليد ضمن بالغصب كالمنقول » .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

الضمان في حق المضمون له وجب الضمان . أصله المنقولات إذا نقلها [١] .

١٦٤٣٥ - قلنا : قد ثبت يد الغاصب إلا أن يد المالك [٢] في حكم الثابتة ، [فيه . ومن ثبت للمعتدي يد ، وللمالك يد ولم يكن غاصبًا كمن دخل دار غيره] [٣] بغير إذنه ، وكمن غصب بعيرًا عليه متاع ، وصاحب المتاع عليه ، لم يكن غاصبًا [٤] ، وإن ثبت يده لبقاء يد المالك مع يده .

١٦٤٣٦ - وكذلك لو يمسك بعبد ، والعبد يمتنع عليه - فقد ثبت يده عليه ؛ بدلالة أن القول قوله فيه ، ولا يكون غاصبًا لبقائه في المكان الذي كانت « تحت يد المالك » [٥] فيه ، لأن المنقولات إذا نقلها فيه أثر نقله في ملك المالك ، بدلالة أنها تغيب في العادة فلا يمكن البينة عليها . والعقار محفوظ بنفسه والمالك متمكن من إقامة البينة عليه ، فلم يقدح الغصب في ملكه ، فلم يوجد فيه المعنى الموجود من المنقولات .

* * *

(١) انظر الذخيرة (٢٨٥/٨) وعبارته : ولأن انتقال ضمانها للمشتري بالقبض فتكون قابلة لوضع اليد فإذا كانت عدوانًا فهو الغصب .

(٢) في (ن) : [الغاصب] .

(٣) ساقطة من (ص) والمثبت فيها : [لأن العين باقية في المكان الذي كانت يد المالك] .

(٤) انظر تبيين الحقائق (٢٢٤/٥) .

(٥) هكذا في (ن) وفي باقي النسخ [تحت المالك فيه] . والصواب ما أثبتناه .

حفر البئر في ملك الغير وإرادة الطم

١٦٤٣٧ - قال أصحابنا : إذا حفر بئرًا في ملك غيره بغير أمره فليس له أن يَطُمَّهَا [1] ولا للمالك أن يطالبه بطمها ولكنه يضمن النقصان ، فإن أبرأه من الضمان برئ منه [2] .

١٦٤٣٨ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : للمالك مطالبته برد ترابها ؛ فإن أراد الغاصب [طمها ، ورد التراب] [3] وامتنع المالك فللغاصب أن يَطُمَّهَا . فإن أبرأه المالك من ضمان ما صنع ، ففيه وجهان :

١٦٤٣٩ - أحدهما : لا يبرأ ، [فعلى هذا الوجه] [4] : يطمها بعد البراءة .

١٦٤٤٠ - والثاني وهو المذهب : أنه يبرأ ؛ فعلى هذا ليس له أن يَطُمَّهَا إلا أن يكون له فيه غرض ، وهو أن يكون نقل التراب إلى ملكه ، أو إلى ملك غيره ، أو إلى طريق المسلمين [5] .

---

(١) الطم لغة : هو الكبس يقول طممت البئر بالتراب طمًّا من باب قتل أي ملأتها حتى استوت مع الأرض ، وطمها التراب فعل بها ذلك ، وطم الأمر طمًّا أيضًا علا وغلب ، ومنه قيل للقيامة طامة . انظر لسان العرب (٢٧٠٦/٤) مادة طمم ، المصباح المنير (٥١٧/٢) ، المغرب ص٢٩٤ ، طلبة الطلبة ص٣٣٣ .

(٢) انظر معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام تأليف الإمام علاء الدين أبي الحسن على الطرابلسي الحنفي (٢٨٢/١) ط مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر . وعبارته « الغاصب إذا حفر بئرًا في الدار المغصوبة ورضي به المالك فإن أراد الغاصب طمها ليس له ذلك عندنا » . وبه قال الإمام المزني من الشافعية والحنابلة في وجه . قال الشيرازي في المهذب : وقال المزني لا يجبر كما لو غصب غزلاً ونسجه لم يجبر المالك على نقضه . قال الشيرازي : هو غير صحيح . وقال ابن قدامة : وإن لم يكن له غرض في طم البئر ، مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المغصوب منه ، وأبرأه المغصوب منه مما حفر وأذن فيه لم يكن له طمها في أحد الوجهين . انظر المهذب (٣٧٢/١) ، حلية العلماء (٢٣٤/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٣٩٣/٥) ، المبدع (١٦٢/٥) .

(٣) نصه في الأصل [إن يطمها ، ويرد ترابها] .

(٤) في (ع) : [فعلى هذا الرواية] ، وفي (م) ، (ن) : [فعلى هذه الرواية] . والصواب ما ذكره في (ص) لأنه يوافق مصطلحات الشافعية . انظر المهذب (٣٧٢/١) .

(٥) انظر الحاوي الكبير (١٧٠/٧ ، ١٧١) ، المهذب (٣٧٢/١) ، حلية العلماء (٢٣٤/٥ ، ٢٣٥) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٦٠/١١ ، ٢٦١) ، مغني المحتاج (٢٨٩/٢) قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : ولو حفر بئرًا فأراد الغاصب دفنها فله ذلك وإن لم ينفعه . وقال الماوردي : هذا كما قال : إذا غصب أرضًا وحفر فيها بئرًا كان متعديًا بحفرها ، وعليه سدها ، وضمان ما تلف فيها . ثم لا يخلو حال رب الأرض والغاصب من أربعة أحوال . أحدهما : أن يتفقا على سدها ليبرأ الغاصب من ضمان ما يسقط فيها . والحال الثاني : أن يتفقا على =

١٦٤٤١ - لنا : أنه حفر بئرًا في ملك غيره فليس له أن يطمها مع كراهة المالك أصله إذا طرح التراب في ملك المغصوب وأبرئه من الضمان .

١٦٤٤٢ - [ولأنه] (١) جنى على عقار غيره فلم يكلف إصلاحه [ولم يملك إصلاحه] (٢) بغير رضاه أصله إذا نقض حائطه وقال أنا أبنيه ، وعلي هذا إذا فتق قميص غيره بشرط أن يخيطه .

١٦٤٤٣ - احتجوا : بأنه هل ملكه غير ملكه فكان له مطالبته برده كما لو حول طعامًا من داره (٣) كان عليه رده (٤) .

١٦٤٤٤ - قلنا : لا يملك رده ؛ لأنه [لم] (٥) يفعل أكثر من إزالة يد المالك فكان عليه رد يده على الوجه الذي كانت عليه ، وفي مسألتنا أحدث نقصًا في الملك يتعلق به الضمان ، فكان عليه النقصان كنقص الحائط .

١٦٤٤٥ - قالوا : حفرها على سبيل التعدي فكان له طمها . أصله إذا حفرها في

= تركها فذاك لهما ، وعلى الغاصب ضمان ما سقط فيها . والحال الثالث أن يدعو رب الأرض إلى سدها ويأبى الغاصب فإن الغاصب يجبر على سدها إن كان فيه غرض صحيح . وإن لم يكن له غرض صحيح فعلى وجهين ، الأول : إبراؤه منها ، والثاني : أنه لا يصح ، لأن الإبراء إما يكون من واجب ، ولم يجب بعدُ الشيء فلم يصح . والحال الرابع : أن يدعو الغاصب إلى سدها ويأبى ربها ؛ فإن لم يبرئه ربها من ضمان ما تلف فيها فله سدها ليستفيد به سقوط الضمان عنه . وإن أبرأه من الضمان ففيه وجهان : أحدهما أن للغاصب أن يسدها ، لأن الضمان قد يجب لغيره فلا يسقط بإبرائه ، والوجه الثاني : أن الغاصب يُمْنَعُ من سدها ، لأنه بالإبراء يصير كالآذن له في الابتداء ، فيرتفع التعدي ، ولا يلزمه ضمان . وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة . وذهب المالكية إلى أن له طمُّها . انظر المدونة الكبرى (١٩٠/٤) ، البيان والتحصيل (٢٦١/١١) . وذهب الحنابلة إلى أن من غصب أرضًا فحفر فيها بئرًا ، فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك ، لأنه يضر بالأرض . ولأن التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الأرض . وإن أراد الغاصب طمها فيمنعه المالك ، نظرنا : فإن كان له غرض في طمها ، بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها ، أو يكون قد نقل ترابها إلى ملك نفسه ، أو ملك غيره ، أو طريق يحتاج إلى تفريغه فله الرد ، لما فيه من الغرض . فإن لم يكن لم غرض في طم البئر ، مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المغصوب منه ، وأبرأه المغصوب منه مما حفر ، وأذن فيه ، لم يكن له طمها في أحد الوجهين ، لأنه إتلاف لا نفع فيه ، فلم يكن له فعله . وفي الوجه الثاني له طمها . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٨٢/٥ ، ٣٨٣) ، المبدع (١٦٢/٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه من (ن) .

(٣) في (ن) : [دابة] .

(٤) انظر المهذب (٣٧٢/١) وعبارته : « لأن التراب ملكه وقد نقله من موضعه ، فلزمه رده إلى موضعه » .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل .

طريق ضيق للمسلمين [١] .

١٦٤٤٦ – قلنا : لا نسلم بل يضمّنُه الإمامُ نقصانَ الطريق ، ويأمره بسدها إن رأى ذلك ، أو سد رأسها حتى لا يضر بالمارين .

١٦٤٤٧ – قالوا : للغاصب غرض في طمها ، لأنه حفرها على طريق التعدي فلا يأمن أن يقع فيها شئ فيتلف فيضمنه / [٢] .

١٦٤٤٨ – قلنا : إذا أبرأه المالك من الضمان زال التعدي ، وصار كأنه حفرها بإذنه . وإن لم يبرئه ، لكنه [ضمنه] [٣] فقد أزال التعدي بالتضمين .

١٦٤٤٩ – وإن « قال » [٤] [المالك] [٥] لا أبرئه ، ولا أتركه يطمها ، فله ذلك . وإن كان الغاصب لا يأمن التبعة ، لأن المالك ليس عليه تمكينه مما يضر به ليسقط على نفسه التبعة كما أنه لو جرح عبده وقال أنا أداويه ليبرأ ، فيسقط الضمان بالبراءة ؛ كان للمالك منعه من ذلك .

١٦٤٥٠ – قالوا : يجوز أن يكون نقل التراب إلى ملك آخر فطولب بنقله عنه [٦] .

١٦٤٥١ – قلنا : فلم يجب نقله إلى البئر ، وهو إذا نقله إلى المغصوب ولم يطم البئر زال عنه هذا الضرر . ثم المالك لا يخلو أن يطالب أو لا يطالب . فإن طالب به : فهو ينقله ، أو يكلف الغاصب نقله حيث شاء . وإن لم يطالبه : فعلى الغاصب أن ينقله إلى الصحراء ؛ لأنه هو الذي أدخل نفسه في هذه الجناية ، وليس على « المالك » [٧] أن يبطل غرضه ويطم البئر ، ليخلص الغاصب من جنايته .

* * *

---

(١) انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٨٣/٥) وعبارته : « لنا أن الضمان إنما لزم لوجود التعدي فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان ، وليس هذا إبراء مما لم يجب ، وإنما هو إسقاط التعدي برضائه به ، وهكذا ينبغي أن يكون إذا لم يتلفظ بالإبراء ولكن منعه من طمها ؛ لأنه يتضمن رضاه بذلك » .

(٢) انظر المهذب (٣٧٢/١) وعبارته : « لأن له غرضًا في طمها وهو أن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها » ، وانظر كذلك في هذا المعنى : المغني مع الشرح الكبير (٣٨٣/٥) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه من (ن) .

(٤) في (ع) ، (م) : [كان] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٦) المغني مع الشرح الكبير (٣٨٣/٥) .

(٧) في (ن) : [على مالك الدار] .

صبغ الثوب المغصوب

١٦٤٥٢ - قال أصحابنا : إذا غصب ثوبًا فصبغه بصبغ الغاصب ؛ فالمالك بالخيار : إن شاء ضمنه قيمة ثوبٍ أبيض ، وإن شاء ضمن له ما زاد الصبغ في ثوبه ، وكان الثوب بصبغه له . [1] وإن شاء شاركه فكان الصبغ والثوب بينهما [2] ، فإذا بيع ضرب صاحب الثوب بقيمة ثوب أبيض وضربت للغاصب بقيمة صبغ في الثوب . وليس للغاصب أن يقول أنا أقلع الصبغ [3] .

١٦٤٥٣ - وقال الشافعي رحمه الله : للغاصب أن يقلع الصبغ ، بشرط أن يضمنه ما نقص ذلك الثوب [4] .

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (١٨٠/٤) ، بدائع الصنائع (١٦٠/٧ ، ١٦١) ، المبسوط (٩٣/١١ ، ٩٤) ، الهداية (١٧/٤) ، الاختيار (٣٢٢/٢) ، تبيين الحقائق (٢٢٩/٥ ، ٢٣٠) وعبارة الزيلعي في التبيين : « إذا غصب ثوبًا فصبغه ؛ فالمالك بالخيار : إن شاء ضَمَّنَ قيمة ثوبه أبيض ، وإن شاء أخذ المصبوغ ، وغرم ما زاد الصبغ » .

(٢) قاله أبو عصمة ، وهو عصام بن يوسف بن ميمون بن قدامة أبو عصمة البلخي الحنفي صاحب الإمام أبي حنيفة ، اشتهر بالفقه ، وروى الحديث ، توفي سنة ٢١٤ أو سنة ٢١٥هـ ببلخ - إحدى محافظات أفغانستان حاليًا - من مؤلفاته : مختصر في الفقه . انظر هداية العارفين (٦٦٣/٥) ، الجواهر المضيئة (٣٤٧/١) ، معجم المؤلفين (٢٨٢/٦) . قال : له خيار ثالث وهو أن له ترك الثوب على حاله وكان الصبغ للغاصب فيباع الثوب ويقسم الثمن على قدر حقهما ، كما لو انصبغ لا بفعل أحد . انظر تبيين الحقائق (٢٣٠/٥) ، بدائع الصنائع (١٩١/٧) وقريب من مذهب الحنفية مذهب المالكية . وعندهم أن « من تعدى على ثوب آخر فصبغه فربه مخير بين أن يأخذ من المعتدي قيمته أبيض يوم التعدي ، أو يأخذه ويدفع للمعتدي قيمة صبغه يوم الحكم ، ولا يكونان شريكين . وهذا التخيير فيما إذا زاده الصبغ عن قيمته أبيض . أو لم يزده ولم ينقصه ، وما نقصه الصبغ عن قيمته أبيض فيخير في أخذه مجانًا ، أو يأخذ قيمته » . انظر شرح الخرشي (١٤٢/٦) ، حاشية الدسوقي (٤٥٤/٣) ، بداية المجتهد (٣١٩/٢) .

(٣) انظر المراجع السابقة عند الحنفية في المواضع السابقة .

(٤) الحاوي الكبير (١٨٠/٧) ، روضة الطالبين (٥١/٥) ، مغني المحتاج (٢٩١/٣ ، ٢٩٢) ، الإشراف (٣٤٦/٣ ، ٣٤٧) ، المهذب (٣٧٩/١) ، النكت ورقة ١٧٦ (ب) ، حلية العلماء (٢٣٩/٥ ، ٢٤٠) وفي الحاوي : « قال الشافعي : ولو كان ثوبًا فصبغه فزاد في قيمته ، قيل للغاصب : إن شئت فاستخرج الصبغ على أنك ضامن لما نقص ، وإن شئت فأنت شريك بما زاد الصبغ ، فإن محق الصبغ فلم تكن له قيمة ، قيل : ليس لك ههنا مال يزيد فإن شئت فاستخرجه وأنت ضامن لنقصان الثوب ، وإن شئت فدعه . وإن كان ينقص الثوب ضمن النقصان . وله أن يخرج الصبغ على أن يضمن ما نقص الثوب . وإن شاء ترك » . ويقول =

١٦٤٥٤ - لنا : أن إزالة الصبغ من الثوب جناية عليه ، كما لو كان الثوب يهلك بذلك حتى لا يبقى منه شئ [١] .

١٦٤٥٥ - ولأن [٢] ملكه صار تابعًا لملك المغصوب منه على وجه [في] [٣] إزالته ضرر ، كمن غصب عبدًا فأطعمه ، ثم أراد أن يكلفه القيء ، كما لو خاط الغاصب جرح العبد المغصوب بخيطه .

١٦٤٥٦ - ولا يقال : إن في العبد ليس له نزع الخيط ، وإن رضى المالك وههنا له قلع الصبغ إذا رضى المالك ، لأنا لا نسلم هذا ، لأن المالك يفسد ثوبه والآخر يتلف صبغه من غير غرض صحيح ، ثم هذا ليس بصحيح ، لأنه إذا رضى [المالك] [٤] بما فيه نقصان ماله [٥] فجاز ما يراه ، دون من يُجَوِّزُ ذلك بغير رضاه .

١٦٤٥٧ - احتجوا : بأن الصبغ عين مال الغاصب له قلعه برضاء المغصوب منه ، فكان له قلعه بغير رضاه . أصله : إذا بنى في ملك غيره أو غرس [٦] .

١٦٤٥٨ - قلنا : إن كان البناء والغرس لا يزول إلا بالضرر على صاحب الأرض فله أن يمنع ذلك ، ويغرم قيمة البناء والغراس ، ولا فرق بينهما . وأما إن طالب صاحب

= الشافعية قال الحنابلة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٣٥/٥) ، الشرح الكبير مع المغني (٤١٢/٥) ، المبدع (١٧٠/٥ ، ١٧١) ذكر ابن قدامة أنه إن غصب الغاصب ثوبا ، فصبغه بصبغ له لا يخلو من ثلاثة أحوال : أحدها : أن يكون الثوب والصبغ بحالهما لم تزد قيمتهما ولم تنقص فهما شريكان . الحال الثاني : إذا زادت قيمتهما فصارا يساويان عشرين نظرت فإن كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب . وإن كان لزيادة الصبغ في السوق فالزيادة لصاحبه . وإن كان لزيادتهما معًا فهي بينهما . فإن أراد الغاصب قلع الصبغ قال الحنابلة : له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ، ويضمن نقص الثوب إن نقص . وظاهر كلام الخرقي أنه لا يُمَكَّنُ من قلعه ، إذا تضرر الثوب بقلعه » .

(١) قال أبو جعفر الطحاوي : لا معنى لإباحة الغاصب استخراج الصبغ مع نقصان الذي يلحق بالثوب ، لأنه إن كان من حق الغاصب أخذ صبغه فمن حق المغصوب أن لا ينقص ثوبه . وينبغي أن لا يكون عليه ضمان النقصان ، لأن ذلك من حقوقه . ولما أوجب النقصان بالاستخراج دل على أنه ليس من حقوقه وأنه ممنوع منه ، فلما بطل هذا صح أن للمغصوب منه احتباس الثوب ، لأن الصبغ مستهلك في الثوب ، وليس الثوب مستهلكًا في الصبغ . انظر مختصر اختلاف العماء (١٨٠/٤) .

(٢) حرف النون ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) حرف في ساقط من (ص) ، (م) ، (ع) والصواب ما أثبتناه من (ن) .

(٤) ساقطة من [ص] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ما لكه] .

(٦) انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٣٢/٥) ، المهذب (٣٧٢/١) .

الثوب الغاصب بقلع الصبغ والغاصب ممتنع فليس له ذلك ، وبه قال ابن سريج [١] .

١٦٤٥٩ - وقال المروزي : له إجباره [٢] ، وهذا غلط ؛ لأن إتلاف مال الغاصب وإلحاق الضرر بمال المغصوب ، والغصب ، لا يبيح ذلك . وليس هذا كالبناء والغرس ؛ لأن صاحب الأرض إذا ألزم الغاصب قلعه نقصت قيمته بالقلع . فأما أن يتلف فلا [٣] .

١٦٤٦٠ - ولأن العادة جارية أن الناس يقلعون البناء والغراس بغرض فيه ، ولم تجر العادة أن يقلعوا الصبغ من الثياب .

١٦٤٦١ - وقال الشافعي رحمه الله في القديم : لصاحب الثوب أخذه ، ولا شيء للغاصب عليه [٤] . وهذا غلط ؛ لأن الصبغ عين مال قائمة ، فلم يجز أن [٥] يتملكه المالك بغير شيء ، كالبناء والغراس .

١٦٤٦٢ - وليس هذا كالقصارة ؛ لأنه ليس فيها عين مال ، وإنما هو يتبعض الثوب ، وذلك في حكم المنفعة ، فلا يقوم بغير عقد أو شرط .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [ابن شريح] .

(٢) ففي المهذب (٣٧٢/١) : « وإن طلب صاحب الثوب استخراج الصبغ وامتنع الغاصب ففيه وجهان : أحدهما : لا يجبر ، وهو قول أبي العباس (أحمد بن عمر بن سريج) لأن الصبغ يهلك بالاستخراج ، ولا حاجة به إلى ذلك ؛ لأنه يمكن أن يستوفي حقه بالبيع ، ولا يجوز أن يتلف مال الغير . وهو اختيار أبي حامد ، وهو ظاهر كلام الشافعي . والثاني : يجبر ، وهو قول أبي إسحاق إبراهيم بن أحمد المروزي وأبي علي بن خيران ؛ لأنه عرق ظالم ، لا حق له فيه ، فأجبر على قلعه ، كالغراس في الأرض المغصوبة » . وقال الماوردي : إن الوجه الثاني : أصح . انظر الحاوي الكبير (١٨٣/٧) .

(٣) في (ع) ، (م) : [وإلا فلا] بزيادة إلا .

(٤) جاء في روضة الطالبين (٤٧/٥) ما ملخصه : « للصبغ الذي يصبغ به المغصوب ثلاثة أحوال : الأول : أن يكون للغاصب ، وإن حصل فيه عين مال بالانصباغ فهو ضربان : الأول : إذا لم يمكن فصله فقولان : القديم : أنه يفوز به صاحب الثوب تشبيهًا له بالسمن . والمشهور أنهما شريكان ، فينظر إن كان قيمة الثوب مصبوغًا مثل قيمته وقيمة الصبغ قبل الصبغ جميعًا ، بأن كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة ، وصار يساوي مصبوغًا عشرين ؛ فهو بينهما بالسوية . الضرب الثاني : إذا أمكن فصله من الثوب فقد حكي قول عن القديم : أنه إن كان المفصول لا قيمة له فهو كالسمن ، والمشهور أنه ليس كالسمن فلا يفوز به المغصوب منه » .

(٥) في (ص) : [يملكه على المالك] .

غصب الطعام وتغيير حالته

١٦٤٦٣ - قال أصحابنا : إذا غصب طعامًا فعفن عنده ، أو صب فيه ماء ، أو كسر قلبًا ، أو درهمًا ؛ فالمالك بالخيار : إن شاء ضمنه مثله ، وإن شاء أخذه ولا شيء له [١] .

١٦٤٦٤ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : له أن يأخذه ويضمن النقصان [٢] .

١٦٤٦٥ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « على اليد ما أخذت حتى ترد » [٣] فظاهره يقتضي أنه إذا رد العين سقط الضمان [٤] .

١٦٤٦٦ - ولأنه أخذ قدر المغصوب من الطعام وزيادة ، فصار كما لو هلك فأعطاه

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (١٨١/٤) ، بدائع الصنائع (١٥٩/٧) ، تكملة فتح القدير (٣٢٨/٩) ، المبسوط (٩٠/١١) جاء في البدائع « إذا غصب حنطة فعفنت في يد الغاصب ، أو ابتلت ، أو صب الغاصب فيها ماء فانتقصت قيمتها فإن صاحبها بالخيار : إن شاء أخذها بعينها ولا شيء له غيرها ، وإن شاء تركها على الغاصب وضمنه مثل ما غصب ، وليس له أن يأخذها ويضمن النقصان » . وبه قال المالكية . انظر : الكافي لابن عبد البر (٨٤١/٢) . وعبارته : « وإن وجد المغصوب ماله بعينه قد نقصت قيمته عما كانت عليه يوم الغصب لعيب حدث به ونقصه فهو مخير بين أخذه ولا أرش له فيما حدث به ونقصه ، وبين تركه وأخذ قيمته يوم غصبه » .

(٢) انظر كتاب الأم (٢٦٠/٣) ، الحاوي الكبير (١٩١/٧) ، روضة الطالبين (٥٤/٥ ، ٥٥) ، حلية العلماء (٢١٦/٥) ففي الحاوي : « وإن كان قمحًا فعفن عنده رده وقيمة ما نقص » قال الماوردي : « وهذا صحيح إذا عفنت الحنطة في يد غاصبها ، أو ساست بالسوس ، أو دادت بالدود فله استرجاعها وما نقص من قيمتها قل النقص أو كثر » وجاء في حلية العلماء : « وإن كان النقصان غير مستقر بأن ابتل الطعام فخيف عليه الفساد فقد قال في الأم : للمغصوب منه مثل مكيلته . وقال الربيع : فيه قول آخر : إنه يأخذه وأرش ما نقص » . وذهب الإمام أحمد بن حنبل إلى أنه إن نقص المغصوب نقصًا غير مستقر ، كطعام ابتل وخيف فساده ، أو عفن وخشي تلفه فعليه ضمان نقصه . وقال القاضي : لا يلزمه بدله ، لأنه لا يعلم قدر نقصه وكل ما نقص شيء ضمنه ، لأنه يستند إلى السبب الموجود في يد الغاصب فكان كالموجود في يده . وقال أبو الخطاب : يتخير صاحبه بين أخذ بدله ، وبين تركه حتى يستقر فساده ويأخذ أرش نقصه . وذكر ابن مفلح قولًا ضعيفًا : أنه يجب الأرش مطلقًا . وقال ابن قدامة : قول أبي الخطاب لا بأس به . وقال المرداوي : هذا أحد الوجوه . انظر المغني مع الشرح الكبير (٣٩١/٥) ، المبدع (١٦٧/٥) ، الإنصاف (١٥٨/٦) .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث .

(٤) يناقش هذا الدليل : أنه عين ماله وليس ببدل عنه ، وعلة الربا غير متحققة في هذه الحالة .

أكثر من كيله ، ولأنه قومه بما لا قيمة له عند ملاقاة جنسه ؛ فلم يجز تضمينه شيئا . أصله : إذا تغير تغيرًا لا يوجب نقصان القيمة .

١٦٤٦٧ - ولأن ما لا يجوز أخذه مع مقدار الكيل إذا تلف لا يجوز أخذه مع مقداره إذا [عين] (١) . أصله جميع القيمة .

احتجوا : بأن جنايته قد استقرت فصار كما لو غصب ثوبًا فدخله عيب (٢) .

١٦٤٦٨ - قلنا : الثوب نقص منه ما له قيمة عند ملاقاة جنسه ، وما لا يدخله الربا (٣) بخلاف ذلك ، ولأن الثوب لو تلف جاز أن يأخذ من الغاصب مثله وزيادة ، فجاز أن يأخذه معيبًا مع الأرش ، وما يدخله الربا لو هلك لم يجز أن يأخذ مثله وزيادة (٤) ، كذلك لا يأخذه معيبًا مع الأرش .

* * *

(١) في (ص) : [غير] .

(٢) انظر هذا المعنى في كتاب الأم للشافعي (٢٦٠/٣) .

(٣) الربا لغة : الزيادة والنماء تقول : ربا الشيء يربو ربوًا ورباء ، أي زاد ونما . انظر لسان العرب (١٥٧٢/٣) والمصباح المنير (٢٩٥/١ ، ٢٩٦) وفي الاصطلاح : فضل مال بالمعيار الشرعي خال عن عوض شرط لأحد العاقدين في معاوضة مال بمال . انظر ملتقى الأبحر (٨٣/٢ ، ٨٤) علة الربا عند الحنفية : هي الكيل أو الوزن مع الجنس لقوله ﷺ عن عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله ﷺ : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلًا بمثل ، سواء بسواء ، يدًا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف ؛ فبيعوا كيف شئتم » . أخرجه الجماعة إلا البخاري . انظر نصب الراية للزيلعي (٣٥/٤) بناء على ذلك فإن الجودة بانفرادها لا قيمة لها في الأموال الربوية ولكنه يخير بين أن يأخذه ولا شيء له ، وبين أن يتركه على الغاصب ويضمنه مثله أو قيمته . انظر البناية على الهداية (٥٢٥/٦ ، ٥٢٦) ، تكملة البحر الرائق (١٢٩/٨) ، بدائع الصنائع (١٥٩/٧) ، الهداية (٦١/٣) .

(٤) قاعدة : « ما يدخله الربا إذا هلك لم يجز أن يأخذ مثله وزيادة » .

مسألة ٨١٦

تغيير العين المغصوبة بفعل الغاصب

١٦٤٦٩ - قال أصحابنا : إذا غصب شاة فذبحها وشواها ، أو حنطة فطحنها ، أو ثوبًا قطعه أو خاطه ، أو حديدًا فاتخذه أواني انقطع حق المغصوب منه عنها ، ولا يحل للغاصب الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها [١] .

١٦٤٧٠ - وقال الشافعي رحمه الله : لا ينقطع حق صاحب العين ، وله أن يأخذها ويضمنه النقصان [٢] .

(١) مختصر اختلاف العلماء (١٨١/٤) ، الهداية (١٥/٤) ، البناية على الهداية (٣٦٦/٨ ، ٣٦٧) ، تبيين الحقائق (٢٣٠/٥) ، بدائع الصنائع (١٤٨/٧) ، المبسوط (٨٦/١١ ، ٨٧) . وعبارة الهداية : « وإذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وأعظم منافعها ، زال ملك المغصوب منه عنها ، وملكها الغاصب وضمنها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها ، كمن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها ، أو حنطة فطحنها ، أو حديدًا فاتخذه سيفًا ، أو صُفْرًا فعمله آنية ، قال أبو يوسف في رواية : لا ينقطع حق المالك ، غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده ؛ لأنه يؤدي إلى الربا » . قال الكرخي : فإن أبا حنيفة ومحمد قالا : لا سبيل لرب الحنطة على الدقيق ، وكذا روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة ، وعلى الغاصب حنطة كالتي غصبت . قال ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله . لا يأخذ المغصوب منه الدقيق مكان الحنطة ، لكن يبيع الدقيق ويشتري له حنطة مثل حنطته ، وهو أحق بذلك من جميع الغرماء إن مات الغاصب . وروى ابن سماعة عنه في موضع آخر : أن رب الحنطة بالخيار : إن شاء ضمنه حنطة مثل حنطته ودفع إليه الدقيق ، وإن شاء أخذ ذلك الدقيق وبرئ الطاحن لأنه متاعه بعينه . قال المصنف : ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها دون أن يذكر قياسًا أو استحسانًا . عند الحنفية هو استحسان ، والقياس أن يكون له الانتفاع قبل أداء البدل ، وهو قول الحسن وزفر . وهكذا روي الفقيه أبو الليث عن أبي حنيفة ، وذهب المالكية كما جاء في الذخيرة (١٩/٩) إلى القول بأنه « إن ذبح شاة وشواها فله قيمتها ، وكذلك لو لم يشوها » وهذا يوافق الحنفية في الجملة .

(٢) الحاوي الكبير (١٩١/٧ ، ١٩٤ ، ١٩٧ ، ٢٠٠) ، الوجيز (٢١٠/١) ، روضة الطالبين (٤٦/٥) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٥١/١٤) وعبارة الحاوي : « فإن غصب منه حنطة فطحنها ، أو دقيقًا فخبزه فللمغصوب منه أن يرجع به دقيقًا وخبزًا وينقص إن حدث فيه وليس للغاصب أن يرجع بأجر العمل ولا بزيادة إن حدثت » . وقال فيما يتعلق بالشاة ص١٩٤ : « لو غصب شاة فذبحها وطبخها ؛ لم يملكها ويرجع بها للمغصوب منه مطبوخة وبنقص إن حدث فيها » . وقال الماوردى فيما يتعلق بالثوب وقطعه وخياطته ص١٩٧ : « ولو غصب ثوبًا فقطعه قميصًا ، فإن لم يخطه فربه أحق به ويرجع بأرش نقصه » وقال في ما يتعلق بالحديد ص٢٠٠ ، ٢٠١ : ولو عمل اللوح المغصوب بابًا ، أو بناه سفينة ، أو غصب حديدًا فعمله درعًا ، لم يملكه في هذه الأحوال كلها ؛ وللمغصوب منه استرجاعه منه معمولاً ، ولا شيء للغاصب في عمله ، إلا أن يكون له أعيان =

١٦٤٧١ - لنا : ما روي عن أبي حنيفة عن عاصم بن كليب [١] عن أبيه [٢] عن رجل [٣] من أصحاب النبي ﷺ قال : « صنع رجل من أصحاب النبي ﷺ طعامًا ثم دعا النبي ﷺ فقام وقمنا معه فوضع الطعام بين يديه فأخذ [٤] بضعة من ذلك فلاكها [٥] طويلاً فلم يقدر على أن يسيغها [٦] فألقاها عن فمه وأمسك عن الطعام ، فلما رأيناه فعل ذلك أمسكنا عن الطعام كما أمسك ، ثم قال لصاحب الطعام : أخبرني عن لحمك هذا من أين هو ؟ قال : يا رسول الله ، شاة كانت لجاري وكان غائبًا فذبحناها حتى يأتي صاحبها فنعطيه ثمنها ، فأمره النبي ﷺ أن يرفع الطعام ويطعمه الأسرى » [٧] .

= مزالة فيسترجعها ويضمن نقص المغصوب » . وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية بأن للمغصوب منه أخذ ماله وضمان نقصه ، قال ابن قدامة : « وإذا غصب حنطة فطحنها ، أو شاة فذبحها وشواها ، أو حديدًا فعمله سكاكين أو أواني ، أو خشبة فنجرها بابًا أو تابوتًا ، أو ثوبًا فقطعه وخاطه ، لم يزل ملك صاحبه عنه ويأخذه وأرش نقصه إن نقص ولا شيء للغاصب في زيادته في الصحيح من المذهب » ويوافق هذا رواية عن أبي يوسف . انظر المغني الشرح الكبير (٤٠٣/٥) ، المبدع (١٦١/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٤٠٦/٢) ، الإنصاف (١٤٦/٦) ، المبسوط (٨٦/١١ ، ٨٧) ، البناية على الهداية (٣٦٦/٨ ، ٣٦٧) .

(١) هو عاصم بن كليب بن شهاب بن المجنون الجرمي الكوفي ، روى عن أبيه وعن أبي بردة بن أبي موسي وعبد الرحمن بن الأسود ومحارب بن دثار وعلقمة بن وائل بن حجر وغيرهم ، وروى عنه ابن عوف وشعبة والقاسم وأبو الأحوص وشريك والسفيانان وغيرهم . قال ابن معين والنسائي : إنه ثقة ، وكان من أفاضل الكوفة توفي سنة ١٣٧هـ . انظر تهذيب التهذيب (٥٥/٥) ، تهذيب الكمال (٥٣٧/١٣) ، كتاب التاريخ الكبير (٤٨٧/٦) رقم الترجمة ٣٠٦٣ .

(٢) هو الكليب بن شهاب الجرمي والد عاصم ، روي عن سعد بن أبي وقاص وأبيه شهاب بن المجنون ، وعبد الله ابن عباس وعلي بن أبي طالب وعمر بن الخطاب وخاله الغلبان بن العاصم الجرمي وأبي ذر الغفاري وأبي موسي الأشعري وأبي هريرة وغيرهم ، وروي عنه إبراهيم بن مهاجر وابنه عاصم وغيرهما ، قال أبو زرعة : إنه ثقة يقال : إن له صحبة ، وقال ابن أبي خيثمة والبغوي : قد لحق النبي ﷺ ، وذكره ابن منده وأبو نعيم وابن عبد البر في الصحابة . انظر تهذيب التهذيب (٤٠٠/٨) ، كتاب التاريخ الكبير (٢٢٩/٧) ، تهذيب الكمال (٢١١/٢٤ - ٢١٣) .

(٣) هو الصحابي الجليل عبد الله بن قيس بن سليم الأشعري ، كما رواه الطبراني في إسناده في معجمه الأوسط عاصم بن كليب عن بردة عن أبي موسي ، أسلم أبو موسي قبل الهجرة وهاجر إلى الحبشة ثم إلى المدينة بعد خيبر ومات سنة ٤٢ وقيل ٤٤هـ . انظر الإصابة (٣٥٩/٢) وتهذيب الأسماء واللغات (٢٦٨/٢) وشذرات الذهب (٥٣/١) .

(٤) في (ص) : [بمضغها] .

(٥) لاكها أي مضغها من المضغ . انظر طلبة الطلبة ص٢١٥ .

(٦) أي لا يقدر على ابتلاعها بسهولة . نفس المرجع السابق .

(٧) قد أخرجه الإمام أبو حنيفة في مسنده ص٢١٠ و٢١١ كما أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٣٥/٥) =

١٦٤٧٢ - ولو كان ملكه باقيًا ؛ لم يجز أن يأمره بالصدقة بها بغير أمره ، فلما أمرهم بالصدقة دل [على] [1] أنهم ملكوها ، ولم يجز لهم التصرف فيها قبل ضمان البدل ، وجاز فسادها إن تركوها فأمرهم بالصدقة .

١٦٤٧٣ - قالوا : التصرف فيها عندكم محظور [فكيف يأمره ﷺ بالصدقة المحظورة ؟ .

١٦٤٧٤ - قلنا : التصرف فيها محظور] [2] حتى يضمن ، فإذا لم يكن يجوز بيعها لم يجز الصدقة بها .

١٦٤٧٥ - فإن قيل : يجوز أن يكون على ملك الغائب ، إلا أنها كانت لا تبقى [3] .

١٦٤٧٦ - قلنا : ملك الغائب إذا خاف الإمام عليه التلف باعه وحبس ثمنه عليه ، ولم يجز أن يتصدق به .

١٦٤٧٧ - قالوا : يجوز أن يكون لم يجد من يبتاعه .

١٦٤٧٨ - قلنا : هذا محال ؛ لأنه لا يتعذر في الأمصار من يبتاع الشاة المشوية ، ولأن [الذي] [4] ذبحها قد رضي بدفع عوضها ، فكان يجب أن يبيعها منه .

١٦٤٧٩ - فإن قيل : يجوز أن يكون الغائب أراد الصدقة بها على الأسرى .

١٦٤٨٠ - قلنا : النبي عليه الصلاة والسلام لم يعرف صاحبها ، فكيف عرف أنه يتصدق بها ؟ وكيف يجوز أن يتعلق الحكم بسبب لم ينقل ويترك المنقول ؟ وعلى أن من أوجب بالشاة لا يجوز لغيره أن يمضي نذره بغير أمره .

١٦٤٨١ - [قالوا : يجوز أن يكون الأسرى قد اضطروا إلى أكل مال الغير بغير أمره] [5] .

= والإمام أحمد في مسنده (٢٩٤/٥) وأبو داود في سننه كتاب البيوع باب اجتناب الشبهات (٢٤٤/٣) رقم ٣٣٣٢ والدارقطني في سننه (٢٨٦/٤) والطبراني في الأوسط (٢٦٠/٢) والزيلعي في نصب الراية (١٦٨/٤) . انظر هذا الدليل في المبسوط (٨٧/١١) ، تبيين الحقائق (٢٢٧/٥) وحاشية الشلبي عليه ، البناية على الهداية (٣٦/٨) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) فقد اعترض الشافعية على ذلك الخبر المذكور سابقًا ، فقالوا : فأما الخبر الذي استدل به فيحمل على أن يكونوا قد أخذوا ذلك عن إذنهم من غير ثمن مقدر : ويحتمل أن يكون لتعذر استبقاء الطعام لهم ، فأمرهم بذلك حفظًا بقيمته على أربابه . انظر هذا الجواب في الحاوي الكبير (١٩٤/٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبت كما في (ع) ، (م) ، (ن) .

١٦٤٨٢ - قلنا : هذا لا يؤدي إلى تعليق الحكم بسبب لم ينقل ، ولأنه لو كان الأسرى على هذه الصفة ما أمر النبي ﷺ بإطعامهم قبل أن يبين حال الشاة ، وهذا خبر صحيح الإسناد لا يسوغ العدول عنه بمثل هذا التمحُّل البعيد .

١٦٤٨٣ - ولأنه (١) غصب حنطة ، فلا يطالب برد الدقيق . أصله : إذا أتلفها . ولا يلزم إذا طحنها بإذن مالكها ، لأن قولنا : لا يطالب معناه : لا يطالب الغاصب ، ومتى طحنها بإذنه فليس بغاصب .

١٦٤٨٤ - ولأنه أزال الاسم وأكثر المنافع المقصودة بفعلٍ لم يأذن المالك فيه ، فوجب أن يزول ملك صاحبه عنه ؛ أصله : إذا غصب دهنًا بأن خلطه (٢) بالبذر أو حزها ثم شواها .

١٦٤٨٥ - ولا يلزم إذا ذبح الشاة ؛ لأن الاسم لم يزل ؛ بدلالة أنه يقال : شاة مذبوحة ، فإن ألزموا إذا ذبحها وقطعها .

قلنا : لا رواية فيه ، ولأن معظم المنافع لم يزل ؛ لأنه يتخذ من المذبوحة جميع ما يتخذ من اللحوم وإنما المنفعة للدر والنسل ، فهذا بعض المنفعة .

ولا يلزم إذا غصب عصيرًا فصار خلًا . لأنه (٣) إن تخلل بنفسه فلم يزل الاسم وعامة المنافع بفعله وإن خلل هو زال الملك .

ولا يلزم إذا غصب خمرًا فخللها ؛ لأنه لم يزل عامة المنافع المباحة إن يتخذها خلًّا . ولا يلزم إذا غصب فضة فضربها ؛ لأن اسم الفضة لا يزول بالصفة ، ولأنه فعل لو حصل من الخمّار - أزال الملك ، فإذا حصل في الشاة أزال الملك كالبيع .

١٦٤٨٦ - ولأنه أخرج العين عن [المعنى] (٤) المقصود بها بزيادة معنى ، فزال ملك المالك / كأحد الشريكين إذا وطئ الجارية فأحبلها .

١٦٤٨٧ - ولأن العقود والمقبوض كلٌّ واحد منهما سبب لضمان الأموال ، فإذا كان في أحدهما ما يوجب نقل ملك العين بعوض ، كذلك الآخر . ولا يمكن القول

---

(١) في (ع) ، (م) : [لا] بحذف حرف النون .
(٢) في جميع النسخ : ثم خلطه ، والصواب ما أثبتنا ؛ لأن السياق يقتضيه .
(٣) في (ع) ، (م) : [لزمه] .
(٤) ما بين المعكوفين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) ، (ن) .

بموجبه في خلط الزيت بالبذر [(١)] ، لأن الملك المنقول غير متعين .

احتجوا : بحديث الحسن عن سَمُرة ﷺ عن النبي ﷺ قال : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » [(٢)] .

١٦٤٨٨ - قلنا : هذا دليل عليكم ، لأنها أخذت الحنطة ؛ فعليه أداؤها ، وأما الدقيق فلم يأخذه ؛ فلا يلزمه أداؤه بالظاهر .

١٦٤٨٩ - قالوا : روى أنه عليه الصلاة والسلام قال : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [(٣)] فظاهره أنه لا يتملكه ولا يمسكه ولا يتصدق به [(٤)] .

١٦٤٩٠ - قلنا : الفعل الذي هو جهة التملك ههنا لا يحل له عندنا ويملك به حكمًا ، فقد قلنا بالظاهر ؛ فأما قولهم : إنه لا يحل له إمساكه والتصدق به حكمًا ، ففي تلك الحال ليس بملك لغيره فلم يتناوله الخبر عندنا .

١٦٤٩١ - قالوا : فعل لو فعله في ملك نفسه لم يزل ملكه ، فإذا فعله في ملك غيره [لم يزل ملكه] [(٥)] . أصله : إذا ذبح الشاة ولم يشوها ، وإذا قطع الثوب ولم يخطه ، وإذا ضرب الفضة دراهم أو حليًا [(٦)] .

١٦٤٩٢ - قلنا : يبطل إذا غصب ذهبًا [(٧)] فخلطه بجنس آخر دونه لا يختلف المذهب أنه استهلاك ، فإن صاحبه لا حَقَّ له في العين ، فأما إذا خلطه بجنسه

---

(١) البذر أول ما يخرج من الزرع والبقل والنبات لا يزال ذلك اسمه ما دام على ورقتين ، والبزر بالزاي للبقل وغيره ، وبذر البذر في الأرض ، وقيل : البذر جميع النبات إذا طلع من الأرض فنجم ، والبذر مصدر بذرت أي زرعت . انظر : طلبة الطلبة ص٣٠٩ ولسان العرب (٢٣٧/١) مادة بذر .

(٢) سبقت ترجمة سلسلة الرواة كما تم تخريج الحديث ص١٧٩ انظر الحاوي الكبير (١٦٥/٧) وعبارته « ودليلنا قوله ﷺ : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » فجعل الأداء غاية الحكم .

(٣) أخرجه الدارقطني (٢٦/٦) عن أنس بن مالك عن رسول الله ﷺ ، وعن أبي حرة الرقاشي عن عمه عن النبي ﷺ ، ورواه البيهقي في السنن الكبرى (١٨٢/٨) في كتاب قتال أهل البغي باب أهل البغي إذا فاءوا عن أبي حرة الرقاشي عن عمه عن النبي ﷺ الإمام أحمد في مسنده (٧٢/٥) عن أبي حرة الرقاشي عن عمه وابن حجر في تلخيص الحبير (٤٥/٣ - ٤٦) .

(٤) انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٩٤/٧) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) قال ابن قدامة : لنا أن عين مال المغصوب منه قائمة ؛ فلزم ردها إليه ، كما لو ذبح الشاة ولم يشوها . ولأنه لو فعله بملكه ؛ لم يزل عنه ، فإذا فعله بملك غيره لم يُزَل عنه كما لو ذبح الشاة أو ضرب النقرة دراهم . انظر المغني مع الشرح الكبير ٤٠٣ - ٤٠٤ .

(٧) في (ع) ، (م) : [درهمًا] .

فالمنصوص أن للغاصب (١) أن يعطيه مثله ، ومنهم من قال : يشاركه فيه وخالف المنصوص .

١٦٤٩٣ - فعلى هذا الخلط الذي يزيل الملك ، لو حصل في ملك نفسه لم يزل ملكه ، فإذا حصل في ملك غيره أزال ملكه .

١٦٤٩٤ - ولأن من طحن حنطة نفسه زال ملكه عنها ويحدد على « دقيقها » (٢) ، فالوصف غير مسلم . فأما إذا ذبح الشاة ؛ [فالاسم] (٣) لم يزل ، يقال : شاة مذبوحة ، ولم تَفُت عامة المنافع .

١٦٤٩٥ - وإنما [فات] (٤) بعضها ، ألا ترى أن سائر منافع الأكل باقية مثل إمكان « الشواء » (٥) والطبخ والقديد وإنما فاتت منافع الحياة ؛ وأما الحنطة إذا طحنت ؛ فقد زال الاسم .

١٦٤٩٦ - الدليل عليه : أن الدقيق لا يستحق بالعقد على الحنطة . ولو عقد على حنطة فوجدها دقيقًا كان البيع باطلًا ، وقد فات أكثر المنافع ؛ لأنها لا تزرع بعد الطحن وفاتت بعض منافع الأكل ، وهو الطبيخ والقلي وعمل السويق . وكذلك إذا قطع الثوب ولم يخطه فلم يزل اسم الثوب عنه ، وأكثر منافع الثياب باقية .

١٦٤٩٧ - وأما إذا ضرب الدراهم فلم يزل اسم الفضة عنها ، ولا زال المنافع ، بدلالة : أن كل شيء يتخذ من النقرة يتخذ من المصوغ والمضروب .

١٦٤٩٨ - قالوا : التعدي على مال الغير إذا طرأ ؛ يخرجه من أن يكون مملوكًا [لم يزل ملك صاحبه عنه أصله ما تقدم] (٦) .

١٦٤٩٩ - قلنا : [التعدي على مال الغير] (٧) لم يزل الملك عندنا ، وإنما صار سببًا في الإزالة إذا حدث عن التعدي معنى من المعاني ، وهذا يزيل الملك ، بدلالة وطء الجارية المشتركة إذا حبلت ، ووطء الأبِ جاريةَ الابن عندنا (٨) ....

---

(١) في (ع) ، (م) : [للغائب] .
(٢) في (ع) ، (م) : [وصفها] .
(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .
(٤) في (ع) ، (م) : [قامت] .
(٥) في (ع) ، (م) ، (ن) : [الشيء] وفي (أ) الخط غير واضح يظهر ، أنه الشراء أو الشواء والصواب ما أثبتنا لمناسبته لما بعده .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٨) الأب إذا استولد جارية ابنه فلا خلاف أنه يلزمه كمال قيمتها وتصير الجارية أم ولد له ، فلا يلزمه المهر =

وفي أحد القولين عندهم [1] .

١٦٥٠٠ - قالوا : لو ملكها حل له أكلها والتصرف فيها ، ولم يجب عليه أن يتصدق بها ؛ لأن من ملك شيئًا لم ينحصر تصرفه . أصله إذا ملك بالبيع [2] .

١٦٥٠١ - قلنا : لا يمنع أن يملك الإنسان ما منع من التصرف فيه كما يمنع المشترى من التصرف في المبيع قبل دفع الثمن . هذا مع رضاء المالك بزوال الملك . فلأن يمنع من التصرف في الموضع الذي لم يرض المالك بزوال ملكه أولى .

* * *

= عند الحنفية . والدليل على ذلك : هو قول النبي ﷺ : « أنت ومالك لأبيك » أخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع باب الرجل يأكل من مال ولده (٢٨٩/٢) رقم ٣٥٢٨ وابن ماجه في سننه في كتاب التجارات باب ما للرجل من مال ولده (٧٦٩/٢) وجه الدلالة : أنه ﷺ جعل مال الابن مضافًا إلى الأب ، فالأب ههنا إذا وطئ جارية الابن واستولدها أوجبوا صيانة ماء الأب ، ولا يمكن صيانة مائه إلا بعد تقديم الملك ، فقدموا الملك على الوطء بالقيمة ، فجعل كأن الأب ههنا واطئ ملك نفسه ، فإذا جعلناه في حكم أنه وطئ ملك نفسه فلا مهر عليه ، لأن للأب حق الملك في مال ولده ، ولو وطئ جارية ابنه مع علمه بحرمتها لا يلزمه الحد . انظر المبسوط (١٢٢/٥) ، رءوس المسائل ص٣٨٤ ، الهداية (١٠٠/٢ - ١٢٢) .

(١) قال الشافعية : يحرم على الأب نكاح جارية ابنه ؛ لأن له فيها شبهة تسقط الحد بوطئها ، فلم يحل له نكاحها كالجارية المشتركة بينه وبين غيره ، وإذا وطئ الأب جارية ابنه فتحرم على الابن بالمصاهرة ويحسب الولد وتصير مستولدة الأب على القول المنصوص ، ويقدر انتقال الملك إليه مع العلوق حتى ينتفي قيمة الولد على أظهر الوجهين . انظر المهذب (٤٥/٢) ، الوجيز (٢١/٢) ، حلية العلماء (٣٩٣/٦) ، الروضة (٢٠٨/٧) ، نهاية المحتاج (٣٢٦/٦ ، ٣٢٧) .

(٢) انظر هذا الدليل في المغني مع الشرح الكبير (٤٠٣/٥ ، ٤٠٤) .

تمليك الغاصب بالتضمين

١٦٥٠٢ - قال أصحابنا : الضمان سبب للتمليك ، فإذا غصب عينًا فتعذر ردها ، ضَمِنَ قيمتها ، وملكها بالضمان ، إن كانت مما تملك بالعقود . وإن [1] أحضرها الغاصب فهي له [2] .

١٦٥٠٣ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : لا تملك بالضمان ، فإذا قدر على ردها أخذها مالكها ، ورد القيمة التي قبض [3] .

١٦٥٠٤ - لنا : أن كل [ما] [4] يضمن به العين جاز أن يملكه . أصله البيع فلا يلزم القتل والاستهلاك ؛ لأنه لا يملك بهما .

١٦٥٠٥ - ولأنه ضمن العقد الذي يجوز نقل الملك فيها ؛ فوجب أن يكون سببًا للتمليك . أصله : إذا خلط الدهن بالبذر ، وإذا وطئ الجارية المشتركة .

---

(١) في (ع) ، (م) : [فإذا] وكلاهما صواب .

(٢) مختصر الطحاوي ص١١٨ ، المبسوط (٦٦/١١ - ٦٧) ، تبيين الحقائق (٢٣٠/٥) ، الهداية (١٨/٤) ، البناية (٣٩٩/٨) ، رؤوس المسائل ص٣٤٧ . وعبارة الزمخشري : « إذا غصب عبدًا فأبق من يد الغاصب فأخذ المغصوب منه القيمة ثم عاد العبد من الإباقة ؛ فإنه يعود إلى ملك الغاصب عندنا » .

(٣) انظر الإشراف على مذاهب أهل العلم (٣٣٤/٣) ، المهذب (٣٦٨/١) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٣٧/١٤) ، حلية العلماء (٢١٤/٥ - ٢١٥) ، الحاوي (٢١٦/٧) وعبارة الشيرازي في المهذب : « وإن ذهب المغصوب من اليد وتعذر رده بأن كان عبدًا فأبق أو بهيمة فضلت كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة ؛ لأنه حيل بينه وبين ماله ، فوجب له البدل كما لو تلف . وإذا قبض البدل ملكه ؛ لأنه بدل ماله فملكه كبدل التلف . ولا يملك الغاصب المغصوب ؛ لأنه لا يصح تملكه بالبيع ، فلا يملك بالتضمين كالتالف » . وهو قول الإمام مالك والإمام أحمد ، فقد جاء في الذخيرة للقرافي (٣٠١/٨) فإذا قضينا على الغاصب بالقيمة ثم ظهر المغصوب فلك أخذه إن علمت أنه أخفاه وترد القيمة . لأنه ملكك فإن لم تعلم فلا » . وقال صاحب الكافي (٤٢٨/١) : فأما إذا وجد ، فصاحبه أولى به على أي حال زاد أو نقص ، لأنه ملكه وماله » . وجاء في المغني مع الشرح الكبير (٤١٧/٥) : ومن غصب شيئًا ولم يقدر على رده لزمت الغاصب القيمة ، فإن قدر عليه ، رده وأخذ القيمة . وجملته : أن من غصب شيئًا يعجز عن رده كعبد أبق ، أو دابة شردت فللمغصوب منه المطالبة ببدله ، فإذا أخذه مَلَكَه ولم يملك الغاصب العين المغصوبة بل متى قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التي أداها» انظر أيضًا الشرح الكبير مع المغني (٤٣٦/٥ - ٤٣٧) ، المبدع (١٨٤/٥) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

١٦٥٠٦ - فإن قيل : لا نسلم أن العبد الآبق يجوز نقل الملك فيه [١] .

١٦٥٠٧ - قلنا : إذا عين العين المغصوبة في بلد آخر فللمالك تضمينه ، ونقل الملك فيها جائز . لأنه [لو] [٢] باعه ، صح باتفاق الحق بها في يده . ولو غصب العبد منه غاصب فضمن الأول ، فالعين يصح تمليكها ، لأنه يجوز بيعها من الغاصب الثاني . فأما العبد الآبق : فبيعه يصح من الغاصب عندنا ، لأنه في ضمانه ، وهذه المسألة مبنية على أن القيمة بدل عن العين وعند مخالفنا بدل عن الحيلولة بين المالك وملكه [٣] وهذا غلط ؛ لأنه مال مأخوذ عن مال [٤] مملوك ، فكان بدلًا عنه [كالعبد إذا قتله .

١٦٥٠٨ - ولأنه سبب لضمان القيمة فكانت بدلاً عن المضمونة] [٥] كالقبض في البيع الفاسد . ولأنها مأخوذة في مقابلة ما يصح تمليكه ، كالثمن في البيع .

١٦٥٠٩ - ولأن الحيلولة السبب الموجب للضمان ، فالبدل في مقابلة السبب كالثمن في البيع في مقابلة المبيع . وليس هو بدل في مقابلة البيع ، والدية في القتل بدل من المقتول لا عن القتل ، والمهر في النكاح بدل عن الاستباحة لا عن النكاح .

١٦٥١٠ - وإذا ثبت هذا قلنا : [٦] [ملك] البدل عن العين التي يصح تمليكها ، فوجب أن يملك [العين كالثمن في المبيع ، ولأنه سلم بدل ملكه والملك محل النقل ؛ فوجب أن يملك] [٧] عليه كالبيع . ولا يلزم إذا غرم الغاصب قيمة المدبر ، لأنها بدل عنه عندنا لا عن الحيلولة ، كما يظن مخالفنا . إلا أن تمليكه لا يجوز فلا يملك ، كالدية المأخوذة في قتل الحر .

١٦٥١١ - ولا يلزم على هذا هبة على شرط العوض ، إذا سلم العوض مَلَكَهُ بالقبض بدلًا عن الموهوب ، ولا يزول مِلْكُه عن الموهوب ؛ لأن الهبة لا تتم إلا بقبض عوضها ، فإذا قبض أحد العوضين فقد ملك هبة مضمونة ، ولم يصر بدلاً حتى يقبض البدل الآخر ، ولهذا يضمن هذا المقبوض بقيمته حتى يسلم ما في مقابلته .

١٦٥١٢ - ولا يلزم إذا أكره على أن يبيع عبدًا [في] [٨] جارية ، وسلم العبد

---

(١) في (ع) ، (م) : [فيها] .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٣) انظر المهذب للشيرازي ص٣٦٨ وعبارته : لأنه حيل بينه وبين ماله ؛ فوجب له البدل حتى لو تلف .
(٤) في (ع) ، (م) : [غير] .
(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٦) ساقطة من (ص) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .
(٨) ساقطة من (ص) وفي (ع) ، (م) أن يبيع عبدًا وجارية والصواب ما أثبتناه .

فأعتقه القابض مَلَكه ونفذ عتقه فيه ، والجارية على ملكه [لأن بدل هذا العبد القيمة ، وقد استحقت على قابض العبد .

١٦٥١٣ - ولا يلزم البيع الفاسد ، فإذا اتصل به القبض ولم ينقد الثمن لزم ، لأن الثمن ليس ببدل ، وإنما القيمة البدل ، وقد ملكت عليه (١) .

١٦٥١٤ - فإن قالوا : من أصحابنا من قال : إنه لا يملك القيمة ، وإنما يقبضها لتحول بينها وبين الغاصب .

١٦٥١٥ - قلنا : هذه عبارة لا يحصل معناها ؛ لأنه يقبض القيمة ، ويجوز تصرفه فيها بسائر جهات التصرف (٢) وتورث عنه ، وهذه صفات المملوكات فتجتمع العبارة ولا يضرنا .

١٦٥١٦ - احتجوا : بقوله - عليه الصلاة والسلام - : « على اليد ما أخذت حتى ترد » (٣) .

١٦٥١٧ - قلنا : المراد به ما أخذت من ملك العين حتى ترد ، وبعد أخذ القيمة والمطالبة بها لم تبق العين ملكًا يجب عليه رده بظاهر الخبر .

١٦٥١٨ - وأما قوله تعالى : ﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ (٤) فالله تعالى أباح الأكل والتجارة ، ونهي عن أكل المال بالباطل ، فما ليس بتجارة ولا أكل مال بباطل لا تتناوله الآية .

١٦٥١٩ - وقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » (٥) لا دلالة فيه ، لأنه لما طالب بالقيمة وأخذها فقد رضى ، وطابت نفسه بعوض ما أخذه .

---

(١) ساقطة من (ص) ومكانها : (لأنه يلزم البيع الفاسد ، إذا اتصل به القبض ولم ينقد الثمن ، لأن الثمن ليس ببدل وإنما القيمة البدل وقد ملكت عليه .

(٢) في (ع) ، (م) : [بسائر الجهات التي للتصرف] .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث ، انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (٢١٧/٧) والتكملة الثانية للمجموع (٢٤٠/١٤) وذكروا وجه الدلالة من الحديث الشريف فقالوا : فجعل الرد غاية الأخذ ، فاقتضى عموم الظاهر استحقاقه في الأحوال كلها .

(٤) سورة النساء : الآية ٢٩ ، وقالوا في وجه الدلالة من الآية : فما خرج عن التراضي خرج عن الإباحة في التمليك . انظر الحاوي الكبير (٢١٧/٧) .

(٥) سبق تخريج هذا الحديث في المسألة رقم (٨١٦) .

١٦٥٢٠ - قالوا : غرم ما تعذر رده بخروجه من يده فلا يملكه . أصله إذا غصب مدبرًا فأبق منه (١) .

١٦٥٢١ - قلنا : المعنى في المدبر : أنه لا ينتقل الملك فيه إلى الموصى له فلم يمن بالضمان [كما لو أخذ] (٢) القيمة بالتراضي .

١٦٥٢٢ - فإن قيل : المدبر ينتقل إلى الموصى له إذا [أبطل] (٣) المولى (٤) التدبير . فجاز أن يملك بالضمان كما لو أعتق أحد الشريكين [العبد] (٥) وهو موسر ، ملك نصيب شريكه . « فالضمان » (٦) من أسباب الملك لم يصح إلا فيما يملك « بالبيع » (٧) فما ثبت في المدبر وأم الولد علم أنه ليس من أسباب الملك .

١٦٥٢٣ - قلنا : ضمان الغصب الذي يفيد الملك لا يصح إلا فيما يملك عندنا ؛ لأن المدبر يجوز أن ينقل فيه الملك بحكم الحاكم ، والآبق يجوز بيعه ممن هو في يده ، ويجوز بيعه من الغاصب ، لأنه في ضمانه : ولهذا قال أبو حنيفة : إن ما لا ينقل فيه الملك لا يضمن بالغصب ، كأم الولد (٨) .

١٦٥٢٤ - ولأن البيع تمليك بالعقد ، وهنا تمليك من طريق الحكم فهو آكد ، فيجوز أن يصح فيما لا يصح بيعه ، كما أن الإرث ينتقل به ما لا ينتقل بالبيع (٩) .

١٦٥٢٥ - قالوا : بدل عن جناية فلم يستقر ، فإذا تبين أن الجناية غير موجودة ؛ وجب رد البدل (١٠) ، كمن ضرب عين رجل فابيضت فغرم الأرش ثم زال البياض وجب رد الأرش (١١) .

---

(١) انظر هذا الدليل في المغني مع الشرح الكبير (٤١٧/٥) وعبارته « ولأنه غرم ما تعذر عليه رده ، بخروجه عن يده ، فلا يملكه بذلك كما لو كان المغصوب مدبرًا » .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) في (ص) : [إذا أبطل] .

(٤) في جميع النسخ الولي والصواب ما أثبتناه لأن السياق يقتضيه .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) في (ع) ، (م) : [كالضمان] .

(٧) في (ع) ، (م) : [كالبيع] .

(٨) انظر الهداية (٢٣/٤) ، تبين الحقائق (٢٣٩/٥) .

(٩) قاعدة : « الإرث ينتقل به ما لا ينتقل بالبيع » .

(١٠) في (ع) ، (م) وجب به البدل .

(١١) الحاوي الكبير (٢١٧/٧) وعبارة الماوردي : « ولأن كل بدل وجب بفوات المبدل كان عود المبدل

١٦٥٢٦ - وربما قالوا : غرم على ظن أن حقه قد فات ، فصار كالبياض إذا زال .

١٦٥٢٧ - قلنا : يبطل إذا تعذر تسليم المبيع فقضى للمشتري بالثمن ، ثم أمكن التسليم . والمشتري يجد [بالمبتاع] (١) عيبًا (٢) فيرده ويأخذ الثمن ويزول العيب ، و [بالقاضي] (٣) إذا فسخ النكاح بالعُنَّة بعد مضى السنة (٤) ثم زالت العنة .

١٦٥٢٨ - ولا نسلم أن الغاصب يغرم البدل على الجناية ، وإنما يغرم بدل العين على ما قدمنا . والمعنى في الجناية : أن الأرش يجب بفوات المنفعة ، أو الجمال إذا زال البياض فلم / يفت واحد منهما . والقيمة [في مسألتنا عوض عن العين ، والعين قد سلمت للغاصب ، فلم يفسخ التضمين فيها] (٥) .

١٦٥٢٩ - قالوا : إذا كان يغرم القيمة لعدم القدرة على الأصل ، يسقط البدل بالقدرة ، كالمتيمم إذا قدر على الماء (٦) .

١٦٥٣٠ - قلنا : قدر على المبدل بعد الملك المغصوب [منه] (٧) البدل فصار كالقدرة على الماء بعد الصلاة بالتيمم .

١٦٥٣١ - قالوا : المأخوذ لا يخلو أن يكون ثمنًا أو قيمة ، والثمن لا يكون إلا بالتراضي ، والقيمة لا تجب إلا عن متلف (٨) .

١٦٥٣٢ - قلنا : تعذر الوصول إلى العين جعل العين في حكم المتلف ، ولهذا يجوز إيجاب القيمة مع بقائها كما يجب عند تلفها .

١٦٥٣٣ - قالوا : غرم القيمة على قولهم فوات العين ، فإذا ظهرت كان له المطالبة

= موجبًا لسقوط البدل قياسًا على الجاني على عين فابيضت ثم زال بياضها ، أو على يد فشلت ثم زال شللها » .

(١) في (ص) : [بالمتاع] .

(٢) في جميع النسخ والعبد يجد به المبتاع عيبًا ، لعل الصواب ما أثبتناه .

(٣) في (ص) : [كالقاضي] .

(٤) في (ع) ، (م) ، (ن) : [العنة] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٦) الحاوي الكبير (٢١٧/٧) وعبارة الماوردي : « ولأن كل بدل جاز المصير إليه لفقد مبدله كان وجود المبدل مانعًا في التصرف في بدله ، كالمتيمم إذا وجد الماء ، وآكل الميتة إذا وجد الطعام » .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٨) في (ع) ، (م) : [مكلف] . انظر هذا الدليل في المهذب (٣٦٨/١) ، الوجيز (٢٠٩/١) وعبارة الشيرازي : « ولا يملك الغاصب المغصوب لأنه لا يصح تمليكه بالبيع فلا يملك بالتضمين كالتالف » .

بها ، كما لو أخذ القيمة بقول الغاصب [١] .

١٦٥٣٤ - قلنا : إذا ضمن بقوله ثم ظهرت العين زائدةَ القيمة ، فقد تم التمليك وثبت للمغصوب [منه] [٢] الخيار . ولأن القاضي نقل الملك على شرط فبان بخلافه . وهذا كمن ابتاع عبدًا على أنه خبّاز فوجده بخلاف ذلك .

١٦٥٣٥ - قالوا : ظلمًا إذا وقع على ما يملك ملكًا لا يقع على مالا يملك كالبيع والنكاح وعكسه الوكالة [٣] .

١٦٥٣٦ - قلنا : ضمان الغصب الذي يُمَلِّك به لا يثبت إلا فيما يُمْلَك على ما قدمنا . ويبطل هذا بالوصية ، فإنها إذا وقعت فيما يملك مُلِكَ ، ويصح فيما لا يملك عندهم وهو الكلب [٤] ويكون الموصى لهم الحق به .

* * *

(١) انظر هذا المعنى في المغني مع الشرح الكبير (٤١٧/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٣) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢١٧/٧) وعبارته : « ولأن ما أوجب ملكُ بدله تمليكُ مبدَلِه كان امتناع ملك المبدلَ مبطلًا لملك البدَل ، كالبيع لا يملك به ثمن أم الولد ؛ لأنها لا تملك ، ويملك به ثمن غيرها فما يملك ، فلما استوي في الغصب بدلُ ما يجوز أن يملك من الأموال وما لا يجوز أن يملك من الأوقاف وأمهات الأولاد دل على أن ملك البدل فيما لا يوجب تمليك مبدله .

(٤) تصح الوصية عند الشافعية بكل مقصود يقبل النقل ، بشرط أن لا يزيد عن الثلث . ولا يشترط كونه موجودًا أو عينًا ولا كونه معلومًا ومقدورًا عليه ، ولا كونه معينًا ولا كونُه مالًا ؛ إذ تصح بالكلب ، المنتفع به ، وجلد الميتة ، والخمر المحترمة ، وكل ما ينقل إلى الوارث . ولو أوصي بكلب ولا كلب له لم يصح ، لأن شراءه متعذر ، وإن كان له كلاب ولا مال له سواها ، توجه اعتباره من الثلث . اهـ انظر الوجيز (٢٧١/١) .

مسألة ٨١٨

غصب الساجة والبناء عليها او حولها

١٦٥٣٧ - قال أصحابنا : إذا غصب « ساجة »[١] فبنى عليها نقض البناء .[٢] وإن بنى حولها لم ينقض[٣] .

١٦٥٣٨ - وذكر محمد في كتاب الصرف ما يقتضي التسوية بين الأمرين[٤] وهو الصحيح .

١٦٥٣٩ - وقال الشافعي رحمه الله : ينقض وترد على صاحبها . وقال فيمن غصب خيطًا فخاط به جرحه أو جرح عبده : فإن نزعه خاف التلف أو زيادة العلة لم ينزعه . وإن كان لا يخاف التلف ولا زيادة العلة ولا النتن ولا إبطاء برءٍ فإنه ينزعه .

---

(١) في (ع) ، (م) ، (ن) ساجة والساجة نوع من الشجر له خشب حسن وجمعها ساجات لا ينبت إلا بالهند ويجلب منها إلى غيرها ، وقال الزمخشري : الساج خشب أسود رزين يجلب من الهند ولا تكاد الأرض تبليه والجمع السيجان مثل النار والنيران . وله معان أخرى والمعنى المذكور هو المقصود . المصباح المنير (٣٤٥/١) مادة سوج ، لسان العرب (٢١٤١/٣) ، تهذيب الأسماء واللغات (١٥٨/٣) مادة سيج .

(٢) هذا إذا كانت قيمة البناء أكبر من قيمة الساجة ، أما إن كانت قيمة الساجة أكبر من قيمة البناء ؛ لم يَزُلْ ملك مالكها عنها بالإجماع . انظر البناية على الهداية (٣٧٩/٨) .

(٣) بدائع الصنائع (١٤٩/٧) ، المبسوط (٩٣/١١ - ٩٤) ، الهداية (١٦/٤) ، البناية على الهداية (٣٧٨/٨ - ٣٧٩) ، تبيين الحقائق (٢٢٨/٥) ، تكملة البحر الرائق (١٣١/٨ - ١٣٢) ، رءوس المسائل ص٣٤٩ ، نتائج الأفكار (٢٦٥/٨) . وعبارة الزيلعي : « قال الكرخي والفقيه أبو جعفر : إنما ينقطع حق المالك عن الساجة إذا بني عليها ، وأما إذا بني حولها فلا ينقطع حق المالك ؛ لأنه متعد في البناء عليها . والساجة من وجه كالأصل لهذا البناء فيهدم للرد ، كما إذا بني في الأرض المغصوبة . وقال الكاساني في البدائع : وذكر الكرخي : أن موضوع مسألة الساجة ما إذا بني الغاصب حوالي الساجة لا على الساجة ، فأما إن بني على نفس الساجة ؛ لا يبطل ملك المالك ، بل ينقض ، وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله .

(٤) قال السرخسي : ذكر الإمام محمد بن الحسن في كتاب الصرف : أنه لو غصب بقرة واتخذ منها عروة مزادة انقطع حق المالك عنها ، وهو في العمل هنا متعد ؛ لأن عمله في ملك الغير ؛ فدل أنه لا فرق بين أن يكون عمله في ملك الغير أو في ملك نفسه . انظر المبسوط (٩٤/١١) والضابط فيه : أنه متي تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها ومعظم منافعها ، أو اختلطت بملك الغاصب ، بحيث لا يمكن تمييزها أصلًا إلا بحرج ، زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ، ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها . والبناء على الساجة بهذه المثابة فيملكها الغاصب . انظر تبيين الحقائق (٢٢٦/٥) والبحر الرائق (١٣٠/٨) .

١٦٥٤٠ - وإن خاف النتن أو إبطاء البرء ، فقيمته . والبغل والحمار كالآدمي . والكلب والخنزير تقلع في جميع الأحوال ، وأما الحيوان المأكول كالبقر والغنم فنص على أنه لا يجب الرد .

١٦٥٤١ - قال الربيع [1] فيها قول آخر : أنه يجب الرد [2] .

---

(١) هو أبو محمد الربيع بن سليمان بن عبد الجبار بن كامل المرادي بالولاء ، المصري المؤذن ، صاحب الإمام الشافعي وراوي كتبه ، وأول من أملى الحديث بجامع ابن طولون . ولد سنة ١٧٤هـ وروى عنه أبو داود والنسائي وابن ماجه وأبو زرعة الرازي والطحاوي ، وقد روى عنه أكثر من مائتي رجل كُتُب الشافعي ، كان من كبار العلماء لكن ما كان يبلغ رتبة المزني في الفقه ، كما أن المزني لا يبالغ رتبة الربيع في الحديث ، وتوفي سنة ٢٧٠هـ بمصر . انظر المنتظم (٢٣٨/١٢) ، شذرات الذهب (١٥٩/٢) ، سير أعلام النبلاء (٥٨٧/١٢ - ٥٩١) طبقات الشافعية الكبرى للسبكي (١٣٢/٢ - ١٣٣) ، الأعلام (١٤/٣) .

(٢) الأم (٢٦١/٣) ، حلية العلماء (٢٤٢/٥) ، المهذب (٣٧٢/١ - ٣٧٣) ، مغني المحتاج (٢٩٣/٢) والحاوي الكبير (١٩٨/٧ - ٢٠٢) ، روضة الطالبين (٥٤/٥ - ٥٦) . وعبارة الشيرازي في المهذب : « وإن غصب ساجًا فأدخله في البناء أو خيطا فخاط به الشيء نظرت ، فإن عفن الساج وبلي الخيط ، لم يؤخذ برده ؛ لأنه صار مستهلكًا فسقط رده ووجبت قيمته . فإن كان باقيًا على جهته نظرت ، فإن كان الساج في البناء والخيط في الثوب ، وجب نزعه ورده ؛ لأنه مغصوب يمكن رده ، فوجب رده كما لو لم يبن عليه ولم يخط به ، وإن غصب خيطًا فخاط به جرح حيوان : فإن كان مباح الدم كالمرتد والخنزير والكلب العقور وجب نزعه ورده ؛ لأنه لا حرمة له فكان كالثوب . وإن كان محرم الدم : فإن كان مما لا يؤكل كالآدمي والبغل والحمار وخيف من نزعه الهلاك لم ينزع ؛ لأن حرمة الحيوان آكد من حرمة المال ، ولهذا يجوز أخذ مال الغير بغير إذنه لحفظ الحيوان ، ولا يجوز أخذه لحفظ المال ، فلا يجوز هتك حرمة الحيوان لحفظ المال . وإن كان مما يؤكل ففيه قولان : أحدهما يجب رده ؛ لأنه يمكن نزعه بسبب مباح فوجب رده كالساج . والثاني : لا يجب رده ، لأن النبي ﷺ نهى عن ذبح الحيوان أخرجه الإمام أحمد في مسنده (١٩٧/٢) . والقول الأول : رواه الربيع فقال : تذبح لينزع الخيط منها ، لأنه قد يوصل إلى أخذه على وجه مباح . والقول الثاني : رواه المزني وحرملة : أنه يغرم الخيط ولا ينزع ويؤخذ الغاصب بقيمته . وقال زفر من الحنفية : لا ينقضي حق صاحب الساجة . فهو في هذه المسألة مع الشافعية . انظر المبسوط (٩٣/١١) والبناية (٣٧٩/٨) وحاشية الشلبي على التبيين (٢٢٨/٥) وذهب المالكية إلى ما ذهب إليه الشافعية في هذه المسألة ؛ فقد جاء في الذخيرة : إذا غصب خشبة أو حجرًا فبنى عليهما فلك أخذهما ، وهدم البناء . وكذلك إن غصب ثوبًا فجعله ظهارة لجبة فلك أخذه أو تضمينه قيمة الثوب » . انظر الذخيرة (٣٢٤/٨) ، التفريع لابن الجلاب (٢٧٧/٢) ، الكافي لابن عبد البر (٤٣١/١) ، حاشية الدسوقي (٤٤٨/٣) . قال الحنابلة وإن غصب شيئًا فشغله بملكه كخيط خاط به ثوبًا أو نحوه أو حجر بنى عليه نظرنا : فإن بلي الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يؤخذ برده ، ووجبت قيمته ؛ لأنه صار هالكًا فوجبت قيمته ، وإن كان باقيًا بحاله لزم رده وإن انتقض البناء وانفصل الثوب . المغني مع الشرح الكبير (٤٢٤/٥) ، المبدع (١٥٥/٥) .

١٦٥٤٢ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام « لا ضرر ولا ضرار » [ولا ضرر] (١) في الإسلام (٢) : وفى قلع البناء إضرار بمال الغاصب (٣) .

١٦٥٤٣ - فإن قيل : في منع الساحة إضرار بمالكها .

قلنا : الضرر يلحقه بنقل ملكه إلى العوض ، فذلك أخف من إتلاف الملك من غير عوض . وإذا وجب دفع الضرر ولم يكن بد من الضرر فإن دفع [أعظم] (٤) الضررين أولى (٥) .

١٦٥٤٤ - ولا يقال : الإضرار بمال الغاصب الجاني أولى ؛ لأن الخلاف بيننا فيمن بنى على ساحة اعتقد غصبها ، ومن بنى على ساحة فظنها له يكونان سواء ، وهذا ليس

(١) بدل من [ولاضمان] في جميع النسخ وهو من تحريف النساخ فكلمة [ولا ضمان] زائدة وغير موجودة في كتب الحديث .

(٢) أخرجه الزيلعي في نصب الراية (٣٨٤/٤) في كتاب الديات ، باب ما يحدث الرجل في الطرق بهذا اللفظ . وأخرجه ابن ماجه في سننه عن ابن عباس ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » وكذلك روى عن عبادة بن الصامت (٧٨٤/٢) رقم ٢٣٤٠ و٢٣٤١ كتاب الأحكام ، باب ما بَنَي في حقه ما يضر بجاره . وفي الزوائد : حديث عبادة رجاله ثقات إلا أنه منقطع ، لأن إسحاق بن الوليد كما قال الترمذي وابن عدي لم يدرك عبادة بن الصامت ، وقال البخاري : لم يلق عبادة . ورواه الدارقطني (٧٧/٣) عن أبي سعيد الخدري ، ورواه البيهقي في السنن الكبري (٦٩/٦) عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ قال « لا ضرر ولا ضرار ، من ضار ضره الله ، ومن شاق ، شق الله عليه » كتاب العلم باب لا ضرر ولا ضرار . وروي أحمد في مسنده (٣١٣/١) عن عبد الله بن عباس . ورواه الحاكم في المستدرك عن أبي سعيد الخدري ، كتاب البيوع (٥٨/٢) وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ، على شرط مسلم ، ولم يخرجاه . ورواه الطبراني في معجمه الكبير عن ابن عباس (٣٠٢/١٨) رقم ١١٨٠٦ .

(٣) انظر هذا الدليل في تبيين الحقائق (٢٢٨/٥) وقد أجاب الشافعية عليه فقالوا : فأما الجواب عن قوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » : فهو أنه مشترك الدليل ؛ لأن في منع المالك نوع إضرار به ، فكان دخول الضرر به على الغاصب ورفعه عن المغصوب منه ، أولى من دخوله على المغصوب منه في تيسير أمره ورفعه عن الغاصب . انظر الحاوي الكبير (١٩٩/٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، والصواب ما أثبتناه من باقي النسخ الثلاثة .

(٥) بناء على القاعدة : إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفهما . ومثاله : لو أن امرأة : لو صلت قائمة ينكشف من عورتها ما يمنع جواز الصلاة ، ولو صلت قاعدة لا ينكشف منها شيء ، فإنها تصلي قاعدة لأن ترك القيام أهون . وذلك أن دفع الضرر واجب ويتعين دفع الضرر هنا بإيجاب قيمة المغصوب حقًا للمغصوب منه ، ليتوصل هو إلى مالية ملكه ، ويبقي حق صاحب الوصف ، فإنه لابد من إلحاق الضرر بأحدهما ، إلا أن في الإضرار بالغاصب إهدار حقه ، ودفع الضرر واجب بحسب الإمكان ، وضرر النقل دون ضرر الإبطال ، وإن كان الغاصب ظالمًا إلا أن الظالم لا يُظلم بل ينصف . انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٩ والمبسوط (٩٤/١١) .

بظالم ولا جان ، ولأن جنايته لا يبيح إتلاف ماله ؛ فصار من هذا الوجه كغير الغاصب .

١٦٥٤٥ - ويدل عليه قوله تعالى : ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ ﴾ [١] الآية والغاصب لم يقصد أن ينقض البناء ؛ فلا يجوز أن ينقض بناؤه .

١٦٥٤٦ - فإن قيل : الواجب الاعتداء بإيجاب الرد بدلالة ما قبل البناء .

١٦٥٤٧ - قلنا : الظاهر يقتضي إيجاب المثل قبل البناء وبعده ، والمثل في القيمة ، وإنما تركنا الظاهر قبل البناء [به] [٢] .

١٦٥٤٨ - ولأن ملك الغير صار تابعًا لملكه على وجه يلحقه الضرر برده ، فسقط رده عنه ، كمن غصب خيطًا فخاط به جرحه أو جرح عبده أو حماره . قالوا : لا نسلم أنه صار تابعًا .

١٦٥٤٩ - قلنا : يعنى بذلك أن الساجة لو كانت للغاصب دخلت في بيع الدار من غير تسمية ، فدل أنها تابعة .

١٦٥٥٠ - قالوا : إنما تكون تابعة إذا اتفق الملك ، فإذا اختلف لم تتبع ، كمن باع جارية حاملاً دخل حملها في البيع ، ولو كان حملها لغيره لم يدخل لافتراق الملكين .

١٦٥٥١ - قلنا : هي تابعة من الوجهين ؛ لأنه إذا باع الدار والمشترى لا يعلم بحال الساجة ، اقتضى العقد دخول الساجة حتى لا [يصح بجميع الثمن دونها ، وكذلك إذا باع الجارية الحامل وحملها لغيره بطل البيع] [٣] فلولا أنها تابعة للأصل في المسألتين لم يثبت [لها حصة] [٤] من غير تسمية ، ولم يفسد البيع ولصارت والجارية الحامل سواء .

١٦٥٥٢ - ولا يلزم إذا غصب أرضًا فبنى أو غرس ؛ لأن الأرض تصير تابعة للغرس والبناء ، بدلالة أنها لا تدخل في بيعه على وجه البيع .

١٦٥٥٣ - فإن قيل : المعنى في الخيط : أن له أخذه ابتداء من غير إذن المالك .

١٦٥٥٤ - قلنا : إذا خاف الرجل بوقوع حائط عليه أو على مارة الطريق كان له أخذ ساجة الغير بغير إذنه ليعمل بها حائطه . وأما الأصل : فهو أن من أخذ خيطًا وهو يجد خيطًا غيره فلا نسلم أن له أخذه من غير إذن صاحبه .

---

(١) سورة البقرة : الآية ١٩٤ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه من (ن) .

(٣) في (ص) : [يصبح لغيره إبطال البيع] . (٤) في (ص) : [حصته] .

١٦٥٥٥ - قالوا : المعنى في الخيط أنه ليس للغاصب رده فلم يجب عليه ، وفي مسألتنا له رد الساحة فلزمه ردها .

١٦٥٥٦ - قلنا : إذا وجب له على عبده القصاص فله أن يختار القصاص ، ويرد الخيط ، ولا يجب عليه . وأما الفرع : فلا نسلم [قبل النقض] (١) أن له الرد ؛ لأنه « لا يجوز » (٢) له إتلاف ماله من غير عوض ، وهو يقدر على إسقاط الضمان بالقيمة .

١٦٥٥٧ - فإن قيل : له عرض صحيح ليتخلص من المأثم بإجماع .

١٦٥٥٨ - قلنا : لا يجوز له ذلك لهذا الغرض . ألا ترى أن من كان في سفر فوجد ما يتوضأ به بجميع ماله [لم يحل له] (٣) ابتياعه . وإن كان يتخلص بذلك من المأثم ، على قول من يوجب عليه ابتياع الماء « بما عزَّ وهان » (٤) .

١٦٥٥٩ - فإن قالوا : المعنى في الحيوان أن له حرمة بنفسه وحرمة بمالكه فإذا سقطت حرمة مالكه بالتعدي [بقيت حرمة الحيوان ، فلم يجز قلع الخيط . والبناء له حرمته بمالكه ، فإذا سقطت حرمة المالك بالتعدي] (٥) ، وفي الغصب لم يبق هناك حرمة أخرى .

١٦٥٦٠ - قلنا : إذا خاط به جرحه فقد سقطت حرمته بالتعدي ، ولم يبق هناك حرمة أخرى ، فكان يجب [أن] (٦) يقلع الخيط ، وقد أجمعنا أنه لا يقلع ، ثم لا

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .   (٢) في (ن) : [يجوز] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) في (ع) ، (م) : [بما غروها] . توضيح هذه المسألة أنه إذا كان الإنسان في سفر ولم يجد الماء إلا بثمن باهظ يجوز له أن يتيمم بالصعيد الطاهر تيسيرًا وتخفيفًا له من الله تعالى ؛ إذ لا حرج في الدين . وإن كان لا ثمن له ، أو كان له ثمن ، ولكن لا يبيعه إلا بغبن فاحش يتيمم . ولا يلزمه الشراء عند عامة العلماء . وقال الحسن البصري : يلزمه الشراء ولو بجميع ماله ، لأن هذه تجارة رابحة . واستدل عامة العلماء أنه عجز عن استعمال الماء إلا بإتلاف شيء من ماله . لأن ما زاد على ثمن المثل لا يقابله عوض ، وحرمة مال المسلم كحرمة دمه . قال النبي ﷺ : « حرمة مال المسلم كحرمة دمه » أخرجه الدارقطني في سننه كتاب البيوع رقم (٢٦/٩٤٣) ، تلخيص الحبير (٤٦/٣) ، مجمع الزوائد (١٧٥/٤) ، حلية الأولياء ٣٣٤/٧ ط دار الفكر ، وكنز العمال (٩٣/١) رقم ٤٠٤ . ولهذا أبيح له القتال دون ماله ، كما أبيح له دون نفسه وعرضه ، ثم خوف فوات بعض النفس مبيح للتيمم ، فكذا فوات بعض المال ، بخلاف الغبن اليسير . والغبن الفاحش مقدر بتضعيف الثمن . وذكر في النوادر أنه : إن كان الماء يشتري في ذلك الموضع بدرهم وهو لا يبيعه بدرهم ونصف يلزمه الشراء . وإن كان لا يبيع إلا بدرهمين لا يلزمه . وإن كان يبيعه بثمن المثل في ذلك الموضع يلزمه الشراء ، لأنه قدر على استعمال الماء بالقدرة على بدله من غير إتلاف ، فلا يجوز له التيمم . انظر الهداية (٢٥/١) ، بدائع الصنائع (٤٧/١ - ٤٩) .

(٥ ، ٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

نسلم أن حرمة مال الغاصب تسقط بسبب غصبه بما لا يسقط حرمة عبده بغصبه ، وكما لا تسقط حرمته في نفسه .

١٦٥٦١ - قالوا : المعنى في الأصل : أنه إدخال ضرر على حيوان ، والبناء بخلافه .

١٦٥٦٢ - قلنا : يبطل إذا خاط به جرح كلبه وشاته .

١٦٥٦٣ - قالوا في الكلب يقلع ، وجهًا واحد ، وفي الشاة ، على وجهين ولأن المغصوب صار تبعًا لملك الغاصب ومستهلكًا فيه ، فصار كما لو غصب الساجة . حتى لو قلع البناء (١) . وكما لو غصب مسمارًا فسمر به السفينة وهي في لجة البحر .

١٦٥٦٤ - ولأنه لا يمكن رد ماله إلا بإتلاف مال متبوع ، فصار كما لو ابتلع لغيره درهمًا لم يجب ذبح البعير لرد الدرهم على صاحبه .

١٦٥٦٥ - ولا يلزم إذا ابتلعت الدجاجة لؤلؤة ألا يجب على صاحب الدجاجة ذبحها ، وله أن يضمن قيمة اللؤلؤة لصاحبها (٢) .

١٦٥٦٦ - ولأن من غصب خيطًا فخاط به جرح حماره وليس في رده نفس التلف ، بل يجوز أن يتلف ماله بذلك ، ويجوز أن يسلم . وفى مسألة البناء يتيقن (٣) تلف ملكه ، فإذا لم يجب قلع الخيط مع عدم تعيين التلف فلأن لا يجب في مسألتنا أولى .

١٦٥٦٧ - احتجوا بما روى قتادة عن الحسن عن سمرة ﷺ أن النبي ﷺ قال : « [على] (٤) اليد ما أخذت حتى تؤديه » (٥) .

١٦٥٦٨ - قلنا : معناه ما أخذت من ملك الغير [فقوله : « تؤديه » كناية عن ملك الغير ، لا نسلم أن الساجة ملك الغير] (٦) فلم يتناولها الخبر .

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٢٠١/٧ - ٢٠٢) .

(٢) عند الشافعية إذا غصب جوهرة فبلعتها بهيمة له ، فإن كانت البهيمة لا تؤكل ضمن قيمة الجوهرة ، لأنه تعذر ردها فضمن البدل ، وإن كانت مما تؤكل ففيه وجهان ، بناء على القولين في الخيط الذي خيط به جرح ما يؤكل الأول : تذبح عليه ، وتؤخذ الجوهرة من جوفها ، والثاني : لا يجوز ذبحها وتؤخذ منه قيمة الجوهرة . وعند الحنفية لو بلعت دجاجة لؤلؤة ينظر أيهما أكثر قيمة فلصاحبه أن يأخذ ويضمن قيمة الأخرى . انظر المهذب (٣٧٣/١) ، الحاوي (٢٠٢/٧ - ٢٠٣) ، البحر الرائق (١٣٣/٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٢٦/٥) .

(٣) في (ع) ، (م) : [بنقض] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ وكما في كتب السنن .

(٥) انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٩٩/٧) وقد سبقت ترجمة سلسلة أعلامه وتخريجه ص١٩٧ مسألة .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

١٦٥٦٩ - قالوا : روى أنه عليه الصلاة والسلام قال « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » [١] .

١٦٥٧٠ - قلنا : لا يحل عندنا (لمن أخذ الساجة أَخْذُها ولا التصرف فيها) [٢] وإنما حل له تَبْقِيَتُها بعد ما زال ملك مالكها عنها ، فأما أن يكون أحللنا ملكه بغير اختياره فلا .

١٦٥٧١ - قالوا : روى عبد الله بن السائب [٣] عن أبيه [٤] عن جده [٥] أن النبي ﷺ قال : « لا يأخذ أحدكم مال أخيه جادًّا ولا لاعبًا ، فمن أخذ عصا أخيه فليردها » [٦] .

(١) سبق تخريج هذا الحديث . انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (١٩٩/٧) ولكن برواية عبد الله بن سعيد عن أبي حميد الساعدي أن رسول الله ﷺ قال : لا يحل لامرئ أن يأخذ عصا أخيه بغير طيب نفس منه ، وذلك لشدة ما حرم الله مال المسلم على المسلم وهذا خبر ظاهر كالنص . رواه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٠/٦) كتاب الغصب ، باب من غصب لوحًا فأدخله في سفينته . وانظر أيضًا التلخيص الحبير (٤٦/٣) وكنز العمال (٣٣٧/١٠ - ٣٣٨) رقم ٣٠٣٤٣ - ٣٠٣٤٤ .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) هو أبو محمد عبد الله بن السائب بن يزيد بن سعيد الكندي الأسدي ، روى عن أبيه وعن جده عن النبي ﷺ الحديث الذي في المتن ، وروى عنه الأعمش وأبو إسحاق الشيباني والعوام بن الحوشب وسفيان الثوري وغيرهم . قال النسائي : ثقة . وذكره ابن حبان في كتاب الثقات . توفي سنة ١٢٦هـ في خلافة الوليد ابن يزيد بن عبد الملك . انظر تهذيب الكمال (٥٥٥/١٤ - ٥٥٦) ، التاريخ الكبير للبخاري (١٠٣/٥) رقم ٢٩٦ ، تهذيب التهذيب (٢٠٢/٥) ، تقريب التهذيب (٤١٨/١) .

(٤) أبوه هو السائب بن يزيد بن سعيد ولد سنة ثلاثة من الهجرة وتوفي بالمدينة سنة ٩١هـ أو نحو ذلك . روي عن النبي ﷺ وسعد بن أبي وقاص وطلحة بن عبيد الله وعثمان بن عفان وعمر بن الخطاب ومعاوية بن أبي سفيان وأبيه يزيد بن سعيد وغيرهم ، وروى عنه ابنه عبد الله ومحمد بن مسلم بن شهاب الزهري وغيرهما ، قال السائب : حج بي أبي مع النبي ﷺ وأنا ابن سبع سنين ، قال الذهبي : له نصيب من الصحبة والرواية . قال ابن عبد البر : كان عاملاً لعمر على سوق المدينة وهو آخر من مات من الصحابة بالمدينة . انظر الإصابة (٣١٤/٢) ، سير أعلام النبلاء (٤٣٧/٣ - ٤٣٨) ، تهذيب الكمال (١٩٣/١٠ - ١٩٤) ، تهذيب التهذيب (٣٩١/٣) .

(٥) هو يزيد بن سعيد ، له صحبة أسلم يوم الفتح ، وصحب النبي ﷺ ، وروى عنه ابنه السائب بن يزيد . انظر أسد الغابة (٤٩٠/٥) وتهذيب الكمال (١٤١/٣٢) وتهذيب التهذيب (٢٨٩/١١) .

(٦) رواه الترمذي في الجامع الصحيح (٤٦٢/٤) كتاب الفتن ، باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلمًا عن عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده رقم ٢١٦٠ . قال أبو عيسى الترمذي : هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب . ورواه أبو داود في سننه كتاب الأدب باب من يأخذ الشيء على المزاح (٣٠١/٤) رقم ٥٠٠٣ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٩٢/٦) كتاب الغصب ، باب تحريم الغصب وأخذ أموال الناس بغير حقه . ورواه الإمام أحمد في مسنده (٢٢١/٤) وكنز العمال (٦٣٧/١٠) =

١٦٥٧٢ - قلنا : أمره برد عصا أخيه ، وقد بينا أنها لا تكون للأخ بعد البناء فلم يتناولها الخبر .

١٦٥٧٣ - قالوا : روى أن النبي ﷺ قال : « وليس لعرق ظالم حق » (١) .

١٦٥٧٤ - قال الشافعي : المراد به كل موضوع بغير حق (٢) .

١٦٥٧٥ - قلنا : العرق يكون للغراس والزرع ، وقول الشافعي المراد به كل موضوع بغير حق [لا] (٣) يدل عليه الظاهر ، ولا أجمعوا عليه ، وإن كان ينقص ذلك عندنا فيما بينا ، فيجب أن يبين العلة ويسقط الاستدلال بالخبر .

١٦٥٧٦ - قالوا : مغصوب ، له رده وكان عليه رده إذا لم يبن عليها ، وإذا أدخلها بيتًا وسده (٤) .

١٦٥٧٧ - قلنا : لا نسلم أن له رده قبل « نقض » (٥) البناء على ما قرره ، ويبطل بالحربي إذا دخل دار الإسلام (٦) فغصب مالًا ونقله إلى دار الحرب (٧) فله رده . وإن امتنع لم يجبر على الرد ، ويبطل بمن غصب عبدًا فرهنه المالك عند الغاصب ، فللغاصب رده ، ولا يجبر على الرد (٨) .

١٦٥٧٨ - قالوا : لا يجوز إلا بعد فسخ الرهن ، فإذا فسخ صيح الرد ووجب (٩) .

١٦٥٧٩ - قلنا : يجوز له الرد بشرط تقديم الفسخ ، ولا يجبر على الرد . وعلى

= رقم ٣٠٣٤١ والتلخيص الحبير (٤٦/٣) ونصب الراية (١٦٧/٤) . والمغني مع الشرح الكبير (٤٢٣/٥) .

(١) هذا جزء من الحديث الشريف قد سبق تخريجه .

(٢) انظر كتاب الأم للشافعي (٢٥٥/٣) . (٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٤) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (١٩٩/٧) ، المهذب (٣٧٢/١) ، عبارة الشيرازي في المهذب "لأنه مغصوب يمكن رده فوجب رده كما لو لم يبن عليه ولم يخط به » .

(٥) في (ع) ، (م) : [قبض] .

(٦) هي كل موضع كان الظاهر فيه حكم الإسلام فالقوة فيه للمسلمين . انظر المبسوط (١١٤/١٠) .

(٧) هي كل موضع ظهر فيه حكم الشرك فالقوة في ذلك الموقع للمشركين . قال ابن منظور : دار الحرب بلاد المشركين الذين لا صلح بينهم وبين المسلمين . انظر المبسوط (١١٤/١٤) ولسان العرب (٨١٦/٢) .

(٨) فإن غصب شيئًا رهنه المالك عند الغاصب لم يبرأ الغاصب وقال المزني : يبرأ ، وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحمد ، لأنه أذن له في إمساكه فبرئ من الضمان كما لو أودعه ، والمذهب الأول ، لأن الرهن يجتمع مع الضمان وهو إذا رهنه شيئًا فتعدى فيه ينافي الضمان . انظر حلية العلماء (٢٤٦/٥) ، المهذب (٣٨١/١) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٧٤/١١) .

(٩) في (ص) : [وجبت] وفي باقي النسخ « وجب » .

هذا الوجه ، يبطل بمن خاط بالخيط جرح عبده ؛ فوجب له على عبده [القصاص ، فيجوز له الرد بشرط استيفاء القصاص .] (١) فأما إذا لم يبن عليه / فالعين المغصوبة بحالها ، وليس في ردها إتلاف مال متبوع . فأما إذا سد عليها الباب : ففي فتح البيت منفعة مالكه ؛ لأن البيوت لا تتخذ لتسد ، وإنما تتخذ لتسكن ، فلم يكن في رد العين المغصوبة ضرر .

١٦٥٨٠ - وفي مسألتنا في ردها إتلاف مال متبوع .

١٦٥٨١ - قالوا : [شغل] (٢) ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له بنفسه غصبًا ، فلم ينقطع حق مالكه . أصله إذا غصب (٣) أرضًا فغرس فيها (٤) .

١٦٥٨٢ - قلنا : اختلف أصحابنا المتأخرون في هذا الأصل ، فكان أبو طاهر يقول : إن كان البناء والغراس أكثر قيمة من الأرض لم يجب عليه ردُّ الأرض وردُّ قيمتها (٥) ؛ فعلي قوله لا نسلم ، وإن سلمنا فالمعنى فيه أن الأرض (٦) لا تصير تابعة لبنائها وغرسها ، بدلالة أن بيع الأرض دون البناء والغرس لا يجوز ، فدل أنه من توابعها وبيع الغرس (٧) منفردًا عن الأرض جائز ، فدل على أنه ليس من توابعها ، فلم يكن في رد الأصل إتلاف مال متبوع ، وفى مسألتنا بخلافه ، بدلالة أنه لو باع البناء دون الساحة لم يجز ، فدل أنها تتبع البناء .

١٦٥٨٣ - قالوا : قال الشافعي : لما لم يكن له أخذ مساجة الغير ابتداء ليبني عليها ، لم يكن له في الثاني بنفسها ، ألا ترى أن الخيط لما كان له أخذه ابتداء بغير رضاء المالك جاز تبقيته ؟ (٨) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) وفي (ع) سفل .

(٣) في (ع) ، (م) : [غرس] .

(٤) انظر الحاوي الكبير (١٩٩/٧) وعبارة الماوردي : « ولأنه شغل المغصوب بما لا حرمة له ، فوجب أن يلزمه أرضه كما لو كانت أرضًا فزرعها أو غرسها » .

(٥) انظر تبيين الحقائق (٢٢٨/٥) وعبارته : « إذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء لم ينقطع حق المالك عنها » .

(٦) في (ع) ، (م) : [أنه] .

(٧) في (ن) : [الغرس] ، وفي غيرها : « الأرض » ، وهو خطأ » .

(٨) انظر هذا المعنى في المغني مع الشرح الكبير (٤٢٤/٥) وقال ابن قدامة : « ولأن حاجته إلى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء » .

١٦٥٨٤ - قلنا : هذا قياس عكسي [١] وهو لا يقول به [٢] ، ثم لا فرق بين الأمرين ؛ لأن الساجة ليس له أن يأخذها مع عدم الحاجة ، وله أخذها إذا اضطر وخاف على نفسه أو عبده ، والخيط ليس له أخذه إذا وجد غيره ، وله أخذه إذا اضطر إليه . ثم جاز عندهم تبقيته الخيط في الوجهين مع اختلاف حكمهما ابتداء ، كذلك الساجة عندنا .

١٦٥٨٥ - قال الشافعي : لو غصب جارية فأولدها أولادًا ، فإنه يحكم عليه بردهم [٣] إلى المغصوب منه يكونون عبيدًا له ، ولا يقبل من الغاصب قيمتهم . فالضرر الذي يلحقه باستخدام أولاده واسترقاقهم أعظم ، ولم يسقط ذلك حق المغصوب منه في أعيانهم [٤] .

١٦٥٨٦ - قلنا : نحن لم نسقط حق صاحب الساجة عنها بمجرد الضرر بالغاصب ، والإلزام يجب أن يكون على العلم . ثم هو غلط ، لأن الغاصب « إن » [٥]

---

(١) قياس العكس عبارة عن إثبات نقيض الحكم في غيره لافتراقهما في علة الحكم . وقد وقع في الكتاب والسنة استعمال هذا النوع ، قال الله تعالى : ﴿ لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا ﴾ الآية ٢٢ من سورة الأنبياء وقال ﷺ : « في بضع أحدكم صدقة » قالوا : يا رسول الله أيأتي أحدنا شهوته ويؤجر ؟ فقال ﷺ : « أرأيت لو وضعها في حرام أكان عليه وزر ؟ » قال : نعم قال : « فكذلك إذا وضعها في حلال كان له أجرا » . أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب الزكاة باب بيان أن اسم الصدقة تقع على كل نوع من المعروف (٦٩٨/٢) رقم ٥٣ - ١٠٠٥ وأخرجه الإمام أحمد في مسنده عن أبي ذر ﷺ مرفوعًا (١٥٤/٥) فقد جعل رسول الله ﷺ نقيض حكم الوطء المباح وهو الإثم في غيره وهو الوطء الحرام ، لافتراقهما في علة الحكم ، وهو كون هذا مباحًا ، وكون هذا حرامًا » . انظر البحر المحيط للزركشي (٤٦/٥) .

(٢) قال الزركشي : اختلف أصحابنا في الاستدلال به على وجهين : أحدهما : أنه لا يصح . وأصحهما وهو المذهب أنه يصح . وقد استدل الشافعي به في عدة مواضع ، والدليل عليه أن الاستدلال بالعكس - استدلال بقياس مدلول على صحته بالعكس وإذا صح القياس في الطرد وهو غير مدلول على صحته فلأن يصح الاستدلال بالعكس وهو قياس مدلول على صحته - أولى ، ويدل عليه أن الله تعالى دل على التوحيد بالعكس فقال تعالى : ﴿ لَوْ كَانَ فِيهِمَآ ءَالِهَةٌ إِلَّا ٱللَّهُ لَفَسَدَتَا فَسُبْحَٰنَ ٱللَّهِ رَبِّ ٱلْعَرْشِ عَمَّا يَصِفُونَ ﴾ الآية ٢٢ من سورة الأنبياء . ودل على أن القرآن من عنده بالعكس ، فقال تعالى : ﴿ وَلَوْ كَانَ مِنْ عِندِ غَيْرِ ٱللَّهِ لَوَجَدُوا۟ فِيهِ ٱخْتِلَٰفًا كَثِيرًا ﴾ من آية ٨٢ من سورة النساء . انظر البحر المحيط في أصول الفقه للزركشي (٤٩/٥ - ٤٧) .

(٣) في (ص) ، (ع) : [بردة] والصواب ما أثبتنا من (م) ، (ن) .

(٤) انظر كتاب الأم (٢٥٢/٣) وفي مغني المحتاج (٢٩٤/٢) أنه إن أحبل الغاصب أو المشتري منه حال كونه عالمًا بالتحريم للوطء فالولد رقيق للسيد غير نسيب لأنه من زنا ، وإن انفصل حيًا فمضمون على الغاصب ، أو ميتًا بجناية فبدله للسيد ، أو بغيره ففي وجوب ضمانه على المحبل وجهان : أوجههما نعم ، كما هو ظاهر النص ، لأن ثبوت اليد عليه تبع للأم ، والثاني : لا ، لأن جنايته غير متيقنة .

(٥) هكذا في (ع) ، (م) وفي (ص) ، (ن) : [إذا] ، وكلاهما صواب .

وطئها من غير شبهة فلا ولد له وإن وطئها بشبهة فلا يكون ذلك بأكثر من الوطء المباح بالنكاح . وذلك لا يوجب حرمة الولد ، وإن أضر الاسترقاق بالواطئ فالغصب أولى .

١٦٥٨٧ - وفى مسألتنا : لو بنى على الساحة بإذن مالكها لم يلزمه القلع ، وكذلك إذا كانت بغير إذنه ، لا يتغير ملكه في الوصفين على وجه لو كان في إزالتها ضرر .

• • •

مسألة ٨١٩

إذا غصب طعامًا فقدمه إلى مالكه فأكله برئ الغاصب من الضمان

١٦٥٨٨ - قال [أصحابنا] (١) : إذا غصب طعامًا فقدمه إلى مالكه فأكل برئ الغاصب من الضمان (٢) .

١٦٥٨٩ - وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : إن كان المالك عالمًا برئ الغاصب ، وإن كان جاهلاً ففيه قولان (٣) .

١٦٥٩٠ - لنا : حديث سمرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » (٤) والغاصب قد رد .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) (٢) المبسوط (١١/١٩٩) ، البناية على الهداية (٨/٤٤٦) ، الفتاوى الهندية (٥/١٣٤) ، تكملة البحر الرائق (٨/١٣١) . ففي المبسوط : رجل غصب من رجل ثوبًا ، ثم إن الغاصب كسا الثوب رب الثوب فلبسه حتى تخرق ولم يعرفه ؛ فلا شيء له على الغاصب ، وكذلك المكيل والموزون إذا غصب منه ثم أطعمه إياه بعينه ، أو وهبه فأكله ولم يعرفه فالغاصب برئ من الضمان عندنا . وبه قال المالكية . انظر : الذخيرة للقرافي (٨/٢٩٩) ، شرح منح الجليل (٣/٥٣٤) . قال القرافي : إذا قدم الطعام للمغصوب منه برئ منه . كذلك لو أكرهه على الأكل .

(٣) الأم (٣/٢٦٠) ، المهذب (١/٣٧٣) ، والحاوي (٧/٢٠٧) ، التكملة الثانية للمجموع (١١/٢٧٠) . وقال الشيرازي في المهذب : إن غصب من رجل طعامًا فأطعمه رجلا فللمالك أن يضمن الغاصب ، وله أن يضمن الآكل ، فإن أطعمه المالك ، فإن علم أنه له ، برئ الغاصب من الضمان ، لأنه استهلك ماله برضائه مع العلم به . وإن لم يعلم ، ففيه قولان : أحدهما : يبرأ الغاصب ، لأنه عاد إلى يده فبرئ الغاصب من الضمان . كما لو رده عليه . والثاني : لا يبرأ ، لأنه إنما ضمن لأنه أزال يده وسلطانه عن المال ، وبالتقديم إليه ليأكله لم تعد يده وسلطانه ، لأنه لو أراد أن يأخذه لم يملكه فلم يزل الضمان . وقريب من مذهب الشافعية قول الحنابلة : جاء في المغني : وإن أطعم الغاصب المغصوب لمالكه فأكله عالمًا أنه طعامه برئ الغاصب . وإن لم يعلم وقال له الغاصب : كله فإنه طعامي استقر الضمان على الغاصب . وإن كانت له بينة بأنه طعام المغصوب منه وإن لم يقل ذلك ، بل قدمه إليه وقال كله ، أو قال : وهبتك إياه ، أو سكت ، فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ . لأنه قال في رواية الأثرم في رجل له قِبَلَ رجلٍ تبعةٌ فأوصلها إليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال : كيف هذا ؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي . وهذا يدل على أنه لا يبرأ ، ههنا يأكل المالك طعامه بطريق الأولى . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥/٤٢٧) ، الشرح الكبير مع المغني (٥/٤٢٤) ، المبدع (٥/١٧٩) ، الإنصاف (٦/١٨٦) .

(٤) سبق تخريجه .

١٦٥٩١ - ولأنه أتلف مال نفسه فلم يرجع بضمانه على غيره . أصله : إذا أكله مع العلم ، ولأن كل ما لو فعله بحال العلم برئ به الغاصب فإذا فعله مع الجهل برئ . أصله : إذا أكله من غير إذن الغاصب .

١٦٥٩٢ - ولأن أمر الغاصب في ملك الغير لا حكم له ، فسقط ، وصار كأن المالك أكله ابتداء .

١٦٥٩٣ - ولأن ثبوت يد المالك على ملكه يسقط الضمان (١) وكل سبب يسقط الضمان يستوي فيه العلم والجهل كالبراءة من الحقوق . ولهذا نقول : إنه لو طلق امرأته وهو يظن أنها أجنبية ، أو أعتق عبده وهو يظن أنه لغيره وقع الطلاق والعتاق .

١٦٥٩٤ - فإن قيل : الغاصب أزال يدًا كاملة الأحكام ، فإذا أباحه له الغير فلم تعد يد المالك بكمالها ، بدلالة أنه ليس له في الظاهر أن يبيع ويهب ويمسك ويدخر ، فإذا لم تَعُد اليد التي زالت بالغصب لم يسقط الضمان .

١٦٥٩٥ - قلنا : سقوط الضمان لا يتعلق عندنا [بتمكين] (٢) الغاصب ، وإنما يتعلق بثبوت يد المالك ، فصار كما لو أكله من غير تمكين . ولأن يده لما ثبتت ، فقد صار بحيث يجوز تصرفه بكل حال ، إلا أنه لا يعلم ، والأسباب المسقطة للضمان يستوي فيها العلم والجهل .

١٦٥٩٦ - احتجوا : بأنه أكل ما غصبه مع الجهل بحاله ، فأشبه إذا كان الغاصب غصب شاة فذبحها وشواها ، فأطعمها المالك (٣) .

١٦٥٩٧ - قلنا : الوصف غير مسلم ، لأن الغاصب ملك الشواء فلم يأكله المغصوب منه ، وإنما أكل مال الغاصب . والمعنى فيه : أن حق المالك غير متعين من الشواء ، لأن عندنا لاحق له فيه . وعندهم هو مخير : إن شاء أخذ العين ، وإن شاء أخذ القيمة (٤) .

١٦٥٩٨ - وإذا أكلها وهو لا يعلم فلم يأكل ما تعين حقه فيه ، فلم يسقط الضمان .

١٦٥٩٩ - وفي مسألتنا : أَكَلَ ما تعين حقه فيه فسقط الضمان بأكله ، كما لو أكل ابتداء . وقد ادعوا أن من غصب حطبًا فأمر المغصوب منه بأن يحرقه فحرقه لم يبرأ

---

(١) في (ص) ، (ع) : [بالضمان] والصواب ما أثبتناه كما في (م) ، (ن) .
(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) . (٣) انظر النكت للشرازي ورقة ١٧٦ (ع) .
(٤) انظر الهداية (٤/١٥) ، تبيين الحقائق (٥/٢٣٠) ، بدائع الصنائع (٧/١٤٨) ، الذخيرة (٨/٣٠٠) ، المغني مع الشرح الكبير (٥/٤٢٧) .

الغاصب من الضمان [١] . وهذا غلط ؛ لأن عندنا ثبوت يده على المغصوب وتصرفه لا بأمر [٢] الغاصب ، فلا فرق بين أن يأكل الطعام أو يوقد الحطب .

* * *

(١) انظر روضة الطالبين (٥/١١) قال النووي : لو أمر الغاصب رجلًا بإتلاف المغصوب بالقتل والإحراق ونحوهما ففعله جاهلًا بالغصب ، فالمذهب : القطع بالاستقرار على المتلف لأنه حرام بخلاف الأكل ولا أثر للتغرير مع التحريم . وقيل : على القولين . اهـ .

(٢) في (ن) : [لا بأمن] .

مسألة ٨٢٠

فتح القفص وطيران ما فيه

١٦٦٠٠ - قال أصحابنا : إذا فتح القفص فطار ما فيه لم يضمن إلا أن يكون هيّجه [١] .

١٦٦٠١ - قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في اللقطة : فإن قعد الطائر ثم ذهب فلا ضمان [٢] .

١٦٦٠٢ - قالوا : ومفهومه : أنه إذا طار من فوره ضمن [٣] .

١٦٦٠٣ - وقال في القديم : ولو حل دابة ، أو فتح قفصًا عن طائر ففي هذا لا ضمان عليه [٤] . وعمومه يقتضي سقوط الضمان بكل حال [٥] .

---

(١) انظر بدائع الصنائع (١٦٦/٧) ، البناية على الهداية (٤٤٦/٨ - ٤٤٧) ، معين الحكام (٢٧٨/١) ، قال الكاساني : ولو فتح باب قفص فطار الطير منه وضاع لم يضمن في قولهما . وقال محمد : يضمن . وأضاف صاحب البناية فقال : سواء طار من فوره ، أو مكث ساعة ثم طار . وعلى هذا الخلاف إذا حل رباط الدابة ، أو فتح باب الإصطبل حتى خرجت الدابة وضلت وإن كان متآلفًا فلا ضمان . نلاحظ أن قوله (قال أصحابنا) محل نظر إذ في المسألة خلاف بين الشيخين من الحنفية والإمام محمد والتعبير (بقال أصحابنا) يشير إلى عدم وجود الخلاف بينهم ، والواقع أن بينهم خلافًا كما سبق بيانه .

(٢) الحالة الثانية من الضرب الثاني هي : أن لا يكون منه تهييج ولا تنفير للدابة والطائر ، ففيه حالتان : أحدهما : أن يلبثا بعد حل الرباط وفتح القفص زمانًا وإن قل فلا ضمان عليه ، لانفصال السبب عن المباشرة . والحالة الثانية : أن تشرد الدابة ويطير الطائر في الحال من غير لبث ، ففي الضمان لأصحاب الشافعية وجهان : أحدهما : هو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة : عليه الضمان لاتصال السبب . والوجه الثاني : هو نص الشافعي في كتاب اللقطة : لا ضمان عليه لعدم الإلجاء . انظر الحاوي الكبير (٢٠٨/٧) . يلاحظ دقة الإمام القدوري في النقل عن المذهب الشافعي في هذه الجزئية .

(٣) انظر مغني المحتاج (٢٧٨/٢) ، الحاوي الكبير (٢٠٨/٧) . قال الماوردي : لو فتح قفصًا عن طائر وهيجه فطار في الحال ، ضمنه بالإجماع . وقال الشيرازي : إذا فتح قفصًا عن طائر فطار في الحال ضمن في أحد القولين . ولا تميز مصادر الشافعية بين ما هو قديم أو جديد منهما .

(٤) قال النووي في روضة الطالبين (٥/٥) لو فتح قفصًا عن طائر وهيجه حتى طار ضمنه ، فإن لم يزد على الفتح : فثلاثة أقوال : أظهرها إن طار في الحال ضمن وإلا فلا ، والثاني يضمن مطلقًا ، والثالث : لا يضمن مطلقًا .

(٥) هذا النقل عن المذهب الشافعي محل نظر ؛ فقد جاء في المهذب (١٧٣/١) : وإن فتح قفصًا عن طائر نظرت فإن نفره حتى طار ضمنه ؛ لأن تنفير الطائر سبب ملجئ إلى ذهابه ، فصار كما لو باشر إتلافه . وإن لم ينفره نظرت : فإن وقف ثم طار لم يضمنه ؛ لأنه وجد منه سبب غير ملجئ ووجد من الطائر مباشرة ، والسبب إذا لم يكن ملجئًا واجتمع مع المباشرة سقط حكمه ، كما لو حفر بئرًا فوقع فيها إنسان باختياره ، فإن طار عقيب الفتح ففيه قولان ، أحدهما : لا يضمن ، لأنه طار باختياره فأشبه إذا وقف بعد الفتح ثم طار . =

١٦٦٠٤ - قالوا : وهو الصحيح [١] .

١٦٦٠٥ - لنا : أنه طار باختياره من غير تنفير فلم يجب على الغاصب ضمان كما [لو] [٢] مكث ثم طار [٣] .

١٦٦٠٦ - ولأنه سبب غير ملجئ ؛ لأن القفص قد يفتح فلا يطير ، وإذا انضم إليه فعل الحيوان لم يضمن به المال [٤] ، كمن فتح باب البيت حتى أبق العبد [٥] .

١٦٦٠٧ - ولا يلزم الدال على الصيد ولا الممسك ؛ لأنهما لا يضمنان المال وإنما تلزمهما كفارة .

١٦٦٠٨ - ولأنه سبب لا يتعلق به الضمان إذا تأخر التلف عنه فلا يتعلق به إذا وجد عقيبه . أصله : من حفر بئرًا في داره . وعكسه إذا حفر بئرًا في الطريق ، والسراية مع الجراحة ، ولا يلزم إذا فتح رأس الزق [٦] فسال ما فيه أنه يضمن . وإن تأخر السيلان لم يضمنه [٧] . لأنه إذا فتحه [٨] وهو مائع فقد باشر الإتلاف [لأنه لا يحدث أن يتماسك .

= والثاني : يضمن لأن من طبع الطائر النفور ممن قرب منه ، فإذا طار عقيب الفتح كان طيرانه بنفور منه ، فصار كما لو نفره ، فإذا لا يسقط الضمان بكل حال .

(١) انظر ذلك في الحاوي الكبير (٢٠٨/٧ - ٢٠٩) ، المهذب (٣٧٤/١ - ٣٧٥) ، مغني المحتاج (٢٧٨/٢) ، روضة الطالبين (٥/٥) ، حلية العلماء (٢٤٩/٥ - ٢٥٠) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٨٥/١٤ - ٢٨٦) ، نهاية المحتاج (١٥٤/٥) ، الوجيز (٢٠٦/١) ، أسنى المطالب (٣٣٨/٢) . وذهب المالكية إلى ضمانه سواء هاجه على الطيران أو لم يهجه ؛ ففي بداية المجتهد إن فتح قفصًا فيه طائر فطار بعد الفتح ، فقال مالك يضمنه ، هاجه على الطيران ، أو لم يهجه . انظر بداية المجتهد (٣١٦/٢) ، الذخيرة (٦٠/٨) . وذهب الحنابلة إلى أنه إذا فتح قفصًا على طائر فطار ، أو حل دابة فذهبت ضمنها . قال ابن مفلح : وإن فتح قفصًا عن طائره فطار ، أو حل قيد عبده فهرب ، أو رباط فرسه فشردت ضمنه ، لأنه تلف بسبب فعله ، فلزمه الضمان كما لو نفره . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٤٩/٥) ، المبدع لابن مفلح (١٩٠/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) انظر بدائع الصنائع (١٦٦/٧) .

(٤) في (ع) : [به المالك] وفي (م) يد المالك .

(٥) جاء في الذخيرة قوله : « لا نسلم أن الطائر مختار للطيران ولعله حينئذ كان يختار لانتظار العلف أو خوف الكواسر وإنما خوفًا من الفاتح فيصير ملجئًا للطيران ، والتسبب معلوم فيضاف الضمان إليه ، كما يجب على حافر البئر إن وقع فيها حيوان مع إمكان اختياره . ثم لا نسلم أن الفتح سبب مجرد ، بل هو معنى المباشرة ، لما في طبع الطائر من النفور من الآدمي » . انظر الذخيرة (٢٦١/٨) .

(٦) الزِّقُّ بالكسر : الظرف والوعاء ، وجمع القلة أزقاق ، والكثرة زقاق ، مثل ذئب وذؤبان ، وهي : كل وعاء اتخذ لشراب ونحوه . انظر لسان العرب (١٨٤٥/٣) مادة زقق ، المصباح المنير (٣٠١/١) .

(٧) انظر المهذب للشيرازي (٣٧٥/١) .

(٨) في (ع) ، (م) : [فتح بحذف ضمير الغائب المتصل المذكر] .

وإن كان جامدًا فأذابه بالحر فقد حصل الإتلاف] (١) بفعل غيره . وهذا المعنى إن وجد عقيب الفتح تعلق به الضمان ، كمن فتح رأس الزق فأراقه آخر .

١٦٦٠٩ - احتجوا : بأنه يوصل إلى الذهاب بفعله ، فأشبه إذا نفره (٢) .

١٦٦١٠ - قلنا : يبطل بالعبد إذا حبسه مولاه ، ففتح رجل الباب ، أو حل العبد . ويبطل إذا مكث ثم طار . والمعنى فيه إذا نفره فقد ألجأه ، فانتقل فعله إليه . وإذا لم ينفره فلم يلجئه ، فحصل الخروج بانفتاحه وخرج عن الباب .

١٦٦١١ - قالوا : خرج بسبب كان منه ، وقد يضمن بالأسباب ، كما يضمن بالمباشرة . أصله : حفر البئر ، وإذا فتح رأس الزق (٣) .

١٦٦١٢ - قلنا : حفر البئر إذا انضم إليه فعل حيوان [مختار] (٤) لم يتعلق به الضمان ، كما لو ألقى رجل نفسه بالبئر ، أو ألقاه آخر . كذلك في مسألتنا ، انضم إلى السبب فعلُ مختارٍ ، فلم يضمن به في حق الآدمي .

١٦٦١٣ - فأما إذا وقع فيها بغير اختياره [كما لو اجتاز بالليل] (٥) ، أو لأن رأسها مغطًّى فهو ملجأ والطائر ليس بملجأ ، وإنما فتح رأس الزق فليس بسبب ، وإنما هو إتلاف ؛ لأن المائع لا اختيار له ، والإراقة حصلت بفعل من فتح الزق .

١٦٦١٤ - ولهذا لا يجوز أن يتأخر التلف ولا هكذا (٦) الحيوان ؛ لأن له اختيارًا وقصدًا ، بدلالة أن الطائر يهرب ممن يصيده ويطلب الماء والعلف ، فقد حصل خروجه باختياره ، كما يفتح رأس الزق فيريقه آخر .

١٦٦١٥ - فأما إذا كان السمن جامدًا ، ففتح رأس الزق فليس بإتلاف ، وإنما هو سبب التلف . ويمكن أن يكون بتجدد فعل بعد ذلك ، فيتعلق الحكم [بعد ذلك] (٧) بالفعل ويسقط حكم السبب (٨) .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) المهذب (٣٧٥/١) وهذا استدلال على القول الثاني للشافعية . قال الشيرازي : لأن من طبع الطائر النفور ممن قرب منه ، فإذا طار عقيب الفتح كان طيرانه بنفوره منه فصار كما لو نفره .

(٣) المهذب (٣٧٤/١) عبارته « لأن تنفير الطائر سبب ملجئ إلى ذهابه فصار كما لو باشر إتلافه » .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) في (ع) ، (م) : [كما لابد من اجتيازه بالليل] .(٦) في (ع) ، (م) : [كذلك] .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٨) استدل الإمام محمد ومن معه من المالكية والشافعية في قول والحنابلة بأن فتح باب القفص وقع إتلافا للطير =

مسألة ٨٢١

هل في كسر البربط أو الطبل ضمان أو لا ؟

١٦٦١٦ - قال أبو حنيفة : إذا كسر [على غيره] (١) بربطًا (٢) أو طبلًا ضمن قيمته (٣) لصاحبه خشبيًا ، أو منحوتًا يصلح لغير التلهي .

١٦٦١٧ - وقال : في المنتقى (٤) عن أبي حنيفة : يضمن قيمة الخشب مخلعًا ، إنما الذي يحرم منه التأليف على أنه عود أو طنبور ، وليست الألواح محرمة ، لأنها تستعمل في غير ذلك (٥) .

١٦٦١٨ - وقال أبو يوسف ومحمد : لا ضمان على المستهلك (٦) .

١٦٦١٩ - وحكى أصحابنا : عن الشافعي مثل قولهما (٧) .

١٦٦٢٠ - وقد قال الشافعي : وإن كسر لنصراني صليبًا ، فإن كان يصلح لشيء

= تسببًا ، لأن الطيران للطير طبع له ، فالظاهر أنه يطير إذا وجد المخلص ، فكان الفتح إتلافًا له تسببًا ، فيوجب الضمان ، كما إذا شق زق إنسان فيه دهن مائع وهلك . انظر بدائع الصنائع (١٦٦/٧) والمغني (٤٥٠/٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) البربط على وزن جعفر من ملاهي العجم ، ولهذا قيل . معرب ، والعرب تسميه المزهر أو العود ، وهي آلة وترية لها قاعدة مستطيلة كالقارب الخشبي وعمقها متوسط ، وكلمة بربط مركبة من كلمتي (بر) أي الصدر (وبط) الطائر المعروف ؛ لأنه يشبه صدر البط . انظر المصباح المنير (٥٣/١) ، لسان العرب (٢٤١/١ - ٢٤٢) مادة بربط ، ومعجم عميد باللغة الفارسية لحسن عميد (٣٣٣/١) ط مؤسسة انتشارات امير كبير بإيران .

(٣) في (ع) ، (م) : [فيه] .

(٤) في (ن) : [الشفاء] .

(٥) انظر الهداية (٢٣/٤) والبناية على الهداية (٤٤٠/٨) وبدائع الصنائع (١٦٧/٧ - ١٦٨) ونتائج الأفكار (٢٩٣/٨) وتبيين الحقائق (٢٣٧/٥ - ٢٣٨) وحاشية الشلبي عليه ، والاختيار (٤٢٤/٢) وفي حاشية الشلبي : قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي : قال أبو حنيفة : إذا كسر رجل على رجل بربطًا أو طبلًا ضمن قيمته خشبًا منحوتًا ؛ وقال في المنتقى عن أبي حنيفة : يضمن قيمته خشبًا مخلعًا إنما الذي يحرم منه التأليف .

(٦) انظر المراجع السابقة ففي الهداية (٢٣/٤) من كسر لمسلم بربطًا أو طبلاً أو مزمارًا أو دفًا أو أراق له سكرًا أو منصفًا ، فهو ضامن ، وبيع هذه الأشياء جائز . وهذا عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : لا يضمن ولا يجوز بيعها . وقال المرغيناني : الفتوى في الضمان على قولهما . قيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهو ، فأما طبل الغزاة ، أو طبل الصيد ، أو دف يلعب به الصبية في البيت فيضمن بالإتلاف من غير خلاف .

(٧) انظر روضة الطالبين (١٧/٥) ، المهذب (٣٧٤/١) ، مغني المحتاج (٢٨٥/٢) وعبارة النووي : آلات الملاهي كالبربط والطنبور وغيرهما ، وكذا الصنم والصليب لا يجب في إبطالها شيء لأنها محرمة =

من المنافع مفصلًا فعليه قيمته مفصلًا ؛ [١] . وهذا مثل قول أبي حنيفة رحمه الله [٢] .

١٦٦٢١ - لنا : أن كل [عين] [٣] لو أتلفها قبل حصول الصنعة فيها ضمنها ، فإذا أتلفها على غيره بعد الصنعة ضمنها ، أصله الثياب التي فيها تصاوير .

١٦٦٢٢ - ولا يلزم إذا غصب خشبة فعملها بابًا أنه لو أتلفها قبل الصنعة [ضمنها] [٤] وبعد الصنعة لا يضمنها .

١٦٦٢٣ - لأنا قلنا : أتلفها على غيره / وههنا ملكها فأتلفها على نفسه ، ولأنها عين يمكن أن ينتفع بها على وجه مباح فجاز أن يضمن بالإتلاف . أصله الثوب المصور [٥] . ١٩٠/أ

١٦٦٢٤ - ولا يلزم الخمر لأنه يضمن إذا أتلفها على ذمي .

١٦٦٢٥ - ولأنه لا يمكن الانتفاع بعينها على وجه مباح . وهما يقولان [٦] : إنها عين لا تستعمل في الغالب إلا في معصية كالخمر [٧] .

= الاستعمال ، ولا حرمة لتلك الصنعة .

(١) في الحاوي الكبير (٢٢٠/٧) قال الشافعي رحمه الله : فإن كسر لنصراني صليبًا : إن كان يصلح لشيء من المنافع مفصلًا فعليه ما بين قيمته مفصلًا ومكسورًا ، وإلا فلا شيء عليه .

(٢) انظر الهداية (٢٣/٤) ، تبيين الحقائق (٢٣٨/٥) ، حاشية الشلبي عليه . قال المرغيناني : إذا أتلف على نصراني صليبًا يضمن قيمته ؛ لأنه مقر على ذلك . وذهب المالكية إلى عدم ضمان آلات الملاهي بكسرها وتغييرها عن حالتها . وكذلك قال الحنابلة بعدم الضمان في مثل هذه الأمور المنهي عنها مطلقا ؛ قال ابن قدامة : إن كسر صليبًا أو مزمارًا أو طنبورًا أو صنمًا لم يضمنه . وقال ابن مفلح : ومن أتلف مزمارًا أو طنبورًا أو صليبًا لم يضمنه في قول الجمهور ، ولو مع صبي ، نص عليه . انظر الذخيرة للقرافي (٢٨٠/٨) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٤٥/٥) ، المبدع (٢٠٠/٥ - ٢٠١) ، الإنصاف (٢٤٧/٦) ، شرح منتهى الإرادات (٤١٢/٢) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) . والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ الثلاثة .

(٥) ولو أحرق بابًا منحوتًا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش ، لأن نقش التماثيل حرام غير متقوم . وإن كان مقطوع الرأس يضمن قيمته منقوشًا ، لأنه غير حرام . انظر الاختيار (٣٢٤/٢) وبدائع الصنائع (١٦٨/٧) .

(٦) في (ن) : [يعدلان] . والضمير هنا يرجع إلى الصاحبين من الحنفية كما سبق بيانه .

(٧) لم يورد الإمام أبو الحسين القدوري أدلة المخالفين في هذه المسألة ، وإتماما للفائدة نذكر بعض أدلتهم . لقد استدل الصاحبان من الحنفية ومن معهما من الجمهور بأنه لا يحل بيعه ، فلم يضمنه كالميتة ، والدليل على أنه لا يحل بيعه : قول النبي ﷺ « إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » . رواه أبو داود (٢٧٩/٣) رقم٣٤٨٦ عن جابر بن عبد الله ، وقوله ﷺ : « بعثت بكسر المزامير وأقسم ربي ﷻ لا يشرب عبد في الدنيا خمرًا إلا سقاه الله يوم القيامة حميمًا معذبًا هو أو مغفورًا ، ثم قال رسول الله ﷺ : « كسب المغني والمغنية حرام ، وكسب الزانية سحت ، وحق على الله أن لا يدخل الجنة بدنًا نبت من سحت » . انظر كنز العمال =

مسألة ٨٢٢

إتلاف المسلم خمر الذمي أو خنزيره

١٦٦٢٦ - قال أصحابنا : إذا أتلف المسلم على الذمي خمرًا أو خنزيرًا ضمن [1] .

١٦٦٢٧ - وقال الشافعي رحمه الله : لا ضمان عليه [2] .

= (٢٢٦/١٥) رقم ٤٠٦٨٩ ، ولأن هذه آلة اللهو والفساد فلم يكن متقوما كالخمر . قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير : روي عن أبي يوسف أنه حكي عن شريح أن رجلين اختصما إليه في طنبور فلم يلتفت إليهما ، حتى قاما من عنده . قال أبو يوسف : لو كنت أنا لقضيت بينهما ، فإن كانت خصومتهما في ذلك الشيء وهو في يد أحدهما أو في أيديهما ، كسرته وعزرتهما . ولو كانت خصومتهما بأن أحدهما كسره والآخر يطلب الضمان جزيت الذي كسره أجرًا وعزرت الآخر . وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما : أنه رأى في يد بعض الناس المعازف فكسره في رأسه . ولأن هذه الآلات أعدت للمعاصي فلا يضمن كالخمر ، وما يؤدي إلى الحرام حرام ، ومتلفها يتأول فيها النهي عن المنكر لقول رسول الله ﷺ : « من رأي منكم منكرًا فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان » . أخرجه الترمذي في الجامع الصحيح (٤٧٠/٤) رقم ٢١٧٢ وقال : حديث حسن صحيح ؛ وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢٧٧/٣) وإنما هو مأذون به شرعًا فلا يضمن كإذن القاضي ، بل أولى . انظر بدائع الصنائع (١٦٨/٧) ، الهداية (٢٣/٤) ، تبيين الحقائق (٢٣٨/٥) وحاشيته ، مغني المحتاج (٢٨٥/٢) ، روضة الطالبين (١٧/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٤٦/٥) ، إحياء علوم الدين (٢٦٦/٢) ط دار إحياء الكتب العربية . ومما تقدم يتضح أن الخلاف في هذه المسألة بين الإمام أبي حنيفة والجمهور ، وكل منهما استدل بقياس ؛ فأبو حنيفة استدل بقياسها على الثياب التي فيها تصاوير ، وأما جمهور العلماء فيستدلون بقياسها على الخمر .

(١) بدائع الصنائع (١٦٧/٧) ، تبيين الحقائق (٢٣٤/٥) وحاشيته ، المبسوط (١٠٢/١١) ، الهداية (٢١/٤) ، البناية على الهداية (٤٢٢/٨) ، الاختيار (٣٢٤/٢) . وفي الهداية : إذا أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن قيمتها . وبه قال المالكية كما جاء في الذخيرة (٢٧٧/٨ - ٢٧٨) وعبارته : وإذا غصب خمر الذمي فأتلفها فعليه قيمتها يقومها من يعرف القيمة من المسلمين .

(٢) الحاوي الكبير (٢٢١/٧) ، المهذب (٣٧٤/١) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٨٢/١٤) ، مغني المحتاج (٢٨٥/٢) ، نهاية المحتاج (١٦٧/٥) ، الإشراف (٣٥٠/٣) ، حلية العلماء (٢٢٨/٥) ، روضة الطالبين (١٧/٥) قال النووي : الخمر والخنزير لا يضمنان لا لمسلم ولا لذمي ، سواء أراق حيث تجوز الإراقة ، أو حيث لا تجوز . ثم خمور أهل الذمة لا تراق ، إلا إذا تظاهروا بشربها أو بيعها ، ولو غصبت منهم والعين باقية ، وجب ردها ، وإن غصبت من مسلم ، وجب ردها إن كانت محترمة ، وإن لم تكن محترمة لم يجب الرد ، بل تراق . وبه قال الحنابلة ؛ فقد جاء في المغني مع الشرح الكبير : ومن أتلف لذمي خمرًا أو خنزيرًا فلا غرم عليه ، وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهرونه . وجملة ذلك : أنه لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء كان متلفه مسلمًا أو ذميًا لمسلم أو ذمي ، نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهرق مسكرًا لمسلم أو لذمي خمرًا فلا ضمان =

١٦٦٢٨ - لنا : ما روى [أن] (١) عمر ﷺ كتب إلى عماله يأمرهم بقتل الخنازير وأن تقاصوا بأثمانها من الجزية (٢) .

١٦٦٢٩ - وذكره أبو عبيد في كتاب الأموال (٣) ولا يعرف له مخالف .

١٦٦٣٠ - ولأنه شراب لهم فجاز أن يضمن بالإتلاف ، أصله سائر أموالهم (٤) .

= عليه . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٤٢/٥ - ٤٤٤) والمبدع (٢٠١/٥) وشرح منتهى الإرادات (٤٣٢/٢ - ٤٣٣) وشرح الزركشي على مختصر الخرقي للشيخ شمس الدين الحنبلي (١٨٣/٤) . ويلاحظ أن هذه المسألة على أربعة أوجه : الأول : إتلاف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ، فإنه يضمن عند الحنفية . هكذا ذكر القدوري في مختصره ، وفي شرح مختصر الكرخي . وذكر صدر الإسلام البزدوي في شرح الكافي : ولو أتلف مسلم على ذمي خنزيرًا على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئًا ، وفي قول يوسف ومحمد يضمن قيمته . وهو قياس قول أبي حنيفة فيما إذا تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلم أحدهما قبل القبض فلها الخمر والخنزير إذا كانا عينين ، وإن كانا دينين : ففي الخمر تجب القيمة ، وفي الخنزير مهر المثل . والثاني : إتلاف المسلم خمر المسلم لا يضمن بلا خلاف . والثالث : إتلاف الذمي خمر المسلم ، فإنه لا يضمن بلا خلاف . والرابع : إتلاف الذمي خمر الذمي أو خنزيره ، أو إتلاف المسلم خمر الذمي أو خنزيره فإنه يضمن عند الحنفية والمالكية ولا يضمن عند الشافعية والحنابلة . ومنشأ الخلاف في ذلك : النظر إلى اعتقادهم ومقتضي عقد الذمة وإلى شرعنا . الحالات الثلاثة الأخيرة لم يتعرض لها الإمام القدوري في تجريده . انظر البناية على الهداية (٤٢٢/٨ - ٤٢٣) ، تبيين الحقائق (٢٣٣/٥ - ٢٣٤) ، الذخيرة (٢٧٧/٨ - ٢٧٨) ، نهاية المحتاج (١٦٨/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٤٢/٥ - ٤٤٣) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٢٣/٦) كتاب أهل الكتاب باب أخذ الجزية في الخمر رقم ٩٨٨٧ وفي كتاب البيع باب بيع الخمر رقم ١٤٨٥٣ وأخرجه البيهقي بمعناه في سننه الكبرى باب ما يأخذ منه في الجزية خمرًا لا خنزيرًا (٢٠٥/٩ - ٢٠٦) وأبو عبيد في كتاب الأموال ص٢٩ .

(٣) في جميع النسخ كتاب الأصول ، والصواب ما أثبتناه ، وهو كتاب الأموال للإمام الفقيه والمحدث واللغوي أبي عبيد القاسم بن سلام الأزدي الهروي أوسع كتاب ألف في بابه وأنفسه وأجمله لكل ما يتعلق بالأموال في الدولة الإسلامية ، وطالما حرص أهل العلم شديد الحرص على اقتنائه والانتفاع به ، وقد طبع هذا الكتاب سنة ١٩٨١م لأول مرة : انظر مقدمه كتاب الأموال للأستاذ محمد حامد الفقي ص٣ .

(٤) انظر كتاب الأموال لأبي عبيد ص٢٩ وعبارته : حدثني علي بن معبد عن عبد الله بن عمر وعن الليث بن أبي سليم : أن عمر كتب إلى العمال يأمرهم بقتل الخنازير اقتصاص أثمانها لأهل الجزية من جزيتهم . وقال أبو عبيد : فهو لم يجعلها قصاصًا من الجزية إلا وهو يراها مالاً من أموالهم . قال القرافي : هذا الأثر يدل على أنها مال لهم من ثلاثة أوجه : أحدهما : أن أمر الإمام العادل بالبيع يدل على أن المبيع متمول . ثانيها : إيجاب العشر في ثمنها ولا يجب إلا في متمول . ثالثها : تسمية ما يقابل ثمنها ، وهو لا يكون إلا في بيع صحيح عند الإطلاق . ولا يصح البيع إلا في متمول .الذخيرة (٢٧٨/٨) . انظر هذا الدليل في المبسوط (١٠٢/١١) وذكر وجه الدلالة فقال : فهذا تنصيص منه على أنه مال متقوم في حقهم يضمن بالإتلاف عليهم ، والمعنى فيه : =

١٦٦٣١ - ولا يلزم العبد المرتد ؛ لأننا ننزعه من أيديهم فنقتله ، والأمة نأخذها لنعزرها أبدًا ونمسكها ، وهذا يمنع الإقرار [(١)] .

١٦٦٣٢ - فإن قيل : المعنى في سائر أموالهم أنها تضمن في حق المسلم ، فضمنت في حق الذمي ، والخمر لا تضمن للمسلم فلم تضمن للذمي .

١٦٦٣٣ - قلنا : المسلم أقر على تمول سائر الأموال كما أقر أهل الذمة ، فتساووا . وليس يمتنع أن يختلف الضمان باختلاف المالك [(٢)] ، والمتلف على صنف واحد ، كما أن الملك لا يضمن للحربي ويضمن للذمي ، والمال على صفة واحدة واختلف لاختلاف المتلف عليه .

١٦٦٣٤ - ولأن كل إباحة مطعوم يقر عليه فإنه يجوز أن يضمن له بالإتلاف . أصله الشاة التي تركت التسمية [(٣)] عليها عمدًا [(٤)] .

١٦٦٣٥ - فإن قيل : ملك يضمن لمن لا يعتقد [(٥)] إباحتها .

١٦٦٣٦ - قلنا : لا نسلم بأنها لو تلفت على من يعتقد تحريمها لم يضمن [(٦)] له . وهذه المسألة مبنية على أنهم يقرون على بيعها وتمولها . والدليل عليه [ما روي] [(٧)] أن عمر ﷺ كتب إلى عمالة ولّوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها [(٨)] .

١٦٦٣٧ - فأذن لهم في بيعها وسمى العقد عليها بيعًا وبدلها ثمنها ، والثمن لا يجب إلا في عقد صحيح ، وواجب فيها العشر ، وهذا لا يوجد إلا من الأموال .

= أن الخمر كان مالًا متقومًا في شريعة من كان قبلنا ، وكذلك في شريعتنا في الابتداء . ثم أن الشرع أفسد تقومه بخطاب خاص في حق المسلمين .

(١) انظر النكت للشيرازي ورقة ١٧٦ (ع) .

(٢) في (ص) : [المال] والصواب ما أثبتناه من باقي النسخ الثلاثة .

(٣) في (ن) : [القيمة] .

(٤) انظر تكملة البحر الرائق (٨/١٤٠) .

(٥) في (ع) ، (م) : [لا يضمن] .

(٦) في (ع) ، (م) : [لمن يضمن] .

(٧) ما بين المعكوفين ساقط من) ص (و) ع (و) م (والصواب ما أثبتناه من (ن) .

(٨) روى أبو عبيد عن سويد بن غفلة قال : بلغ عمر بن الخطاب أن ناسا يأخذون الجزية من الخنازير ، وقام بلال فقال : إنهم ليفعلون ، فقال عمر لا تفعلوا ولوُّهُم بيعها . قال أبو عبيد يريد أن المسلمين كانوا يأخذون من أهل الذمة الخمر والخنزير من جزية رءوسهم ، وخراج أراضيهم بقيمتها ، ثم يتولى المسلمون بيعها . فهذا الذي أنكره بلال ونهي عنه عمر ، ثم رخص لهم أن يأخذوا ذلك من أثمانها ، إذا كان أهل الذمة المتولين لبيعها ، لأن الخمر والخنزير مال من أموال أهل الذمة ، ولا تكون مالًا للمسلمين . انظر كتاب الأموال ٢٨ - ٢٩ . وانظر هذا الدليل في تبيين الحقائق (٥/٢٣٥) . وجه الدلالة : أنها متقومة وبيعها جائز لهم ، وإلا لما أمرهم بذلك .

١٦٦٣٨ - وقضايا عمر لا تخفى على الصحابة ﷺ فلم ينكروا فهو إجماع ولأن من أصلنا تقليد الصحابي إذا لم يعرف له مخالف [١] .

١٦٦٣٩ - فإن قيل : ذكر ابن المنذر [٢] عن سويد بن غفلة [٣] أن عمر ﷺ ذكر : أن له عمالًا يأخذون الخمر والخنازير في الجزية ، قال : فنشد لهم عمر ، فقال بلال [٤] : إنهم ليفعلوه . فقال : لا يكونوا أمثال اليهود حرمت عليهم الشحوم فابتاعوها وأكلوا أثمانها ولُوهُم ببيعها [٥] ولم يزد على ذلك ومعنى قوله ولو هم : أي لا تعترضوا عليهم .

١٦٦٤٠ - قلنا : عمر أنكر تصرف المسلمين فيها وكذلك نقول ، ولذلك بين ذلك بالشحوم .

---

(١) انظر تيسير التحرير على كتاب التحرير (١٣٢/٣) - ١٣٣ .

(٢) هو الإمام المجتهد أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، ولد سنة ٢٤١هـ وروي عن الربيع بن سليمان ومحمد بن عبد الله بن عبد الحكم ومحمد بن ميمون وخلق ، وروى عنه ابن المقرئ ومحمد بن يحيى الدمياطي وغيرهما ، كان مجتهدًا لا يقلد أحدًا . من مصنفاته : المبسوط في الفقه والإشراف في اختلاف العلماء وكتاب الإجماع والإقناع والتفسير وكتاب السنن وغيرها توفي سنة ٣١٠هـ وقيل غير ذلك . انظر سير أعلام النبلاء (٤٩٠/١٤) ، معجم المؤلفين (٢٢٠/٨) ، مرآة الجنان (٢٦١/٢) ، طبقات الشافعية الكبرى (١٠٢/٣) ، شذرات الذهب (٢٨٠/٢) ، لسان الميزان (٢٧/٥) ، تذكرة الحفاظ (٧٨٢/٣) .

(٣) هو سويد بن غفلة بن عوسجة الجعفي الكوفي ، أدرك الجاهلية ، قدم المدينة بعد دفن رسول الله ﷺ ، وشهد فتح اليرموك وروى عن أبي بكر الصديق عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وبلال وأبي ابن كعب وأبي الدرداء وغيرهم من الصحابة ، وروى عنه أبو إسحاق وخيثمة بن عبد الرحمن وإبراهيم النخعي والشعبي وغيرهم . قال ابن معين والعجلي : ثقة . كان مولده عام الفيل . قال أبو نعيم مات سنة ٨٠هـ . وقيل غير ذلك . كان فقيهًا ، إمامًا ، عابدًا ، جليل القدر . انظر تهذيب التهذيب (٢٤٤/٤) ، العبر (٦٨/١) ، مرآة الجنان (١٦٥/١) ، شذرات الذهب (٩٠/١) .

(٤) هو الصحابي الجليل بلال بن رباح يكنى أبا عبد الكريم وقيل : أبا عبد الله ، وهو مولى أبي بكر الصديق اشتراه وأعتقه لله ﷺ وكان مؤذنًا لرسول الله ﷺ وخازنًا له ، وكان من السابقين إلى الإسلام ، شهد بدرا والمشاهد كلها ، وقد عذب في سبيل الله فصبر . كان أمية بن خلف يعذبه ويتابع عليه العذاب فقدر الله تعالى أن بلالًا قتله ببدر ، توفي بدمشق ودفن بباب الصغير سنة ٢٠هـ وهو ابن بضع وستين سنة . انظر أسد الغابة (٢٤٣/١ - ٢٤٥) ، الاستيعاب (١٧٨/١ - ١٨٢) ، الإصابة (١٦٥/١) .

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف كتاب أهل الكتاب باب أخذ الجزية من الخمر (٢٣/٦) رقم ٩٨٨٦ (١٩٥/٨) كتاب البيع باب بيع الخمر رقم ١٤٨٥٢ وانظر أيضا السنن الكبرى (٢٠٦/٩) كتاب الجزية باب لا يأخذ منهم في الجزية خمرا ولا خنزيرًا .

١٦٦٤١ - وقوله (ولوهم) : ظاهره الأمر فمن حمله على غيره فقد ترك الظاهر وقوله إن ابن المنذر لم يذكر الزيادة ، لا يضرنا ، لأنه روى بعض الخبر والزائد أولى (١) .

١٦٦٤٢ - فإن قيل : لا يعرف انتشار هذا الخبر .

١٦٦٤٣ - قلنا : ما يكتب عمر ﷺ إلى عماله يعلمون به ، والصحابة يحضرونه (٢) ، وعماله من الصحابة ، ومعهم الصحابة فلا بد أن ينتشر .

١٦٦٤٤ - قالوا : القياس مقدم على قول الصحابي ؛ لأن القياس دليل من صاحب الشريعة ، فلا يجوز تركه لقول غيره (٣) .

١٦٦٤٥ - قلنا : هذا غلط ؛ لأن الصحابي يحكم توقيفًا [أو قياسًا فإن قالوا : توقيفًا] (٤) : فهو أولى من القياس .

١٦٦٤٦ - وإن قالوا قياسًا : فقياسه دليل من صاحب الشريعة ، فقد تساويا وانفرد بمشاهدة التنزيل ، والعلم بمقاصد الرسول ﷺ وأيده التوفيق فقياسه أولى .

١٦٦٤٧ - قالوا : فقد قال عمر ﷺ : إن وطء الزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث (٥) ولا مخالف له . فلم لا تقلدونه (٦) وتركتم قوله بالقياس ، وأوجب على هبار

---

(١) قال الشافعي ﷺ : الذي يزيد في الحديث أولي بالحفظ من الذي لم يأت بالزيادة . انظر السنن الكبرى (١٧٥/٥) .
(٢) في (ن) : [بحضرته] .

(٣) إذا تعارض خبر الواحد والقياس بحيث لا يجمع بينهما ؛ قدم الخبر مطلقًا عند الأكثر ، منهم أبو حنيفة والشافعي وأحمد ، وقيل : قدم القياس ، وهو منسوب إلى مالك ، إلا أنه استثني أربعة أحاديث فقدمها على القياس ، وهي حديث : غسل الإناء من ولوغ الكلب ، وحديث المصراة ، وحديث العرايا ، وحديث القرعة . وقال الشافعي : لا يجوز القياس مع نص القرآن أو خبر مسند صحيح . أما عند عدمهما فإن القياس واجب في كل حكم . انظر البحر المحيط (٤٦/٧ - ٤٧) ، أصول الشاشي ص٢٧٥ لأبي على الشاشي وبهامشه عمدة الحواشي ط دار الكتاب العربي بيروت ص٢٧٦ ، الرسالة للشافعي ص١٩٦ - ١٩٧ ط مصطفي البابي الحلبي بمصر ، تيسير التحرير (١١٦/٣) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) عن سليمان بن يسار وحميد بن عبد الرحمن قالا : سمعنا أبا هريرة ﷺ يقول : سألت عمر عن رجل من أهل البحرين طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين فتزوجت ، ثم إن زوجها طلقها ، ثم إن الأول تزوجها على كم هي عنده ، قال : هي على ما بقي من الطلاق . انظر المصنف لابن أبي شيبة (١٠١/٥) كتاب الطلاق ، والمصنف لعبد الرزاق (٣٥١/٦) باب النكاح جديد والطلاق جديد ، والسنن الكبرى (٣٦٤/٧ - ٣٦٥) بنفس الإسناد باب ما يهدم الزوج من الطلاق ومالا يهدم .

(٦) في الأصل تقلدوه وما أثبتناه هو الصواب .

ابن الأسود [١] هديًا لفوات حجه [٢] فلم تقلدوه .

١٦٦٤٨ - قلنا : هذا غلط ، لأن وجوب تقليد الصحابي إذا صح لم يسع مخالفنا العدول عنه في مسألة أخرى . وكأنه يقول أخطأتم هناك فأنا أخطئ ههنا ، فنحن نقدر عليه الخطأ في هذه المسألة .

١٦٦٤٩ - ولا ينفعه خطأ خصمه في غيرها ، ثم ما قاله غلط ؛ لأن مسألة الهدى [٣] ترك أبو حنيفة قول عمر ﷺ وأخذ بقول أبي [٤] وابن عمر ﷺ في هدي فائت الحج [٥] .

---

(١) في (ع) ، (م) ، (ن) : [هنار بن الأسود] . وهو هبار بن الأسود بن المطلب بن أسد بن عبد العزي بن قصي الأسدي القرشي كان سبابًا وسيء الخلق ، وعفا عنه رسول الله ﷺ عندما أسلم بعد الفتح وحسن إسلامه وصحب النبي ﷺ . الاستيعاب (١٥٣/٤) ، الإصابة (٥٩٧/٣ - ٥٩٨) ، أسد الغابة (٦٠٨/٤) .

(٢) جاء في الموطأ كتاب الحج باب هدي من فاته الحج (٣٨٣/١ - ٣٨٤) رقم ١٥٤ مالك عن نافع عن سليمان بن يسار أن هبار بن الأسود جاء يوم النحر وعمر بن الخطاب ينحر هديه ، فقال يا أمير المؤمنين أخطأنا العدة ، كنا نري أن هذا اليوم يوم عرفة ، فقال عمر : اذهب إلى مكة فطف أنت ومن معك وانحروا هديًا إن كان معكم ، ثم احلقوا أو قصروا وارجعوا . فإذا كان عام قابل فحجوا وأهدوا ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع . انظر أيضا السنن الكبرى (١٤/٥) كتاب الحج باب ما يفعل من فاته الحج وشرح السنة للبغوي (١٧٧/٤) وعند الحنفية من فاته من الحج الوقوف بعرفة حتى يطلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج ؛ فيفعل ما يفعل المعتمر وعليه القضاء ولا هدي عليه ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « من فاته عرفة بليل ؛ فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة » . رواه ابن عمر وابن عباس . انظر نصب الراية (١٤٥/٣) كتاب الحج، السنن الكبرى (١٧٤/٥) ، الدارقطني (٢٤١/٢) رقم ٢١ كتاب الحج ومختصر الطحاوي ص٧٢، الهداية (١٨٢/١) فتح القدير (٣٠٢/٢) .

(٣) في (ع) ، (م) : [هدم] .

(٤) هكذا في (ن) وفي (ص) ، (ع) ، (م) : [ابن لدا] . بعد الرجوع إلى كتب التراجم والتواريخ لم نعثر على ابن لدا ، وبالرجوع إلى كتب السنن والآثار لم نعثر على هذا الأثر منسوبًا إلى (أبي) والظاهر أنه ابن الزبير ، كما في السنن الكبرى (١٧٥/٥) . وهو عبد الله بن الزبير بن العوام الأسدي القرشي ولد في السنة الأولى من الهجرة هاجرت أمه أسماء وهو في بطنها ، شهد اليرموك وفتح أفريقيا ، بويع بالخلافة بعد موت يزيد سنة ٦٤هـ . قاتله بنو أمية وانتصروا عليه في الكعبة فقتل سنة ٧٣هـ . روي عن النبي ﷺ وجده أبي بكر الصديق وعمر وعثمان وخالته عائشة وغيرهم ، قال النووي : « إن ابن الزبير كان مظلومًا والحجاج كان ظالمًا خارجًا عليه . انظر ترجمته : الإصابه (٨٩/٤ - ٩٥) ، شذرات الذهب (٧٩/١) ، العبر (٦٠/١) ، أسد الغابة (٢٤٢/٣) .

(٥) قد روي عن ابن عمر وابن الزبير ما يدل على وجوب الحج ، انظر السنن الكبرى (١٧٥/٥) باب ما يفعل من فاته الحج .

١٦٦٥٠ - وروى عن الأسود [١] قال : سألت عمر عمن فاته الحج فقال : يتحلل بالطواف والسعي وعليه الحج من قابل ولا هدى عليه ، فلقيتُ زيد بن ثابت بعد ثلاثين سنة ، فسألته [فقال] [٢] مثل ذلك [٣] .

١٦٦٥١ - وهذا قول عمر وزيد وهو خبر متصل عن عمر ﷺ وخبر هبار بن الأسود منقطع لأن سليمان بن يسار [٤] لم يلق عمر فسقط هذا الاعتراض [٥] .

١٦٦٥٢ - قالوا : السنة [٦] أولى من قول عمر ﷺ ، وقد روى عن النبي ﷺ أنه

---

(١) هو الأسود بن يزيد بن قيس النخعي أبو عمر ويقال : أبو عبد الرحمن ، روى عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وحذيفة وبلال وعائشة وغيرهم ، وروى عنه ابنه عبد الرحمن وأخوه عبد الرحمن وابن أخته إبراهيم بن يزيد النخعي ومحارب بن دثار وجماعة . وثقه الإمام أحمد ويحيى بن معين وابن سعد . قال أبو إسحاق : توفي سنة ٧٥هـ بالكوفة وقيل : ٧٤هـ . انظر تهذيب الكمال (٢٣٣/٣) ، تهذيب التهذيب (٢٩١/١) ، شذرات الذهب (٨٢/١) ، العبر (٦٣/١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) روى الأعمش عن إبراهيم عن الأسود قال : سألت عمر عن رجل فاته الحج ، فقال : يهل بعمرة وعليه الحج من قابل . ثم خرجت العام المقبل فلقيت زيد بن ثابت فسألته عن رجل فاته الحج فقال : يهل بعمرة وعليه الحج من قابل ، وكذلك روي عن عبد الرحمن بن الأسود عن أبيه عنه ، ورواه سفيان الثوري عن الأعمش بإسناده ، وقال : يهل بعمرة ويحج من قابل وليس عليه هدي ، قال : فلقيت زيد بن ثابت بعد عشرين سنة ، فقال مثل قول عمر ﷺ . انظر السنن الكبرى للبيهقي (١٧٥/٧) .

(٤) هو الفقيه الإمام سليمان بن يسار المدني أبو أيوب أحد الفقهاء السبعة ، ولد في خلافة عثمان ، وحدث عن زيد بن ثابت وابن عباس وأبي هريرة وحسان بن ثابت وجابر بن عبد الله ورافع بن خديج وعائشة وغيرهم . وكان من أوعية العلم بحيث إن بعضهم قد فضله على سعيد بن المسيب . روى عنه أخوه عطاء والزهري وربيعة الرأي وأبو الزناد وغيرهم ، قال الزهري : كان من العلماء . وقد وثقه يحيى بن معين ، وأبو زرعة والنسائي وابن سعد ، توفي سنة ١٠٧هـ وهو ابن ٧٣ سنة . سير أعلام النبلاء (٤٤٤/٤ - ٤٤٦) ، تهذيب التهذيب (١٩٩/٤ - ٢٠٠) ، العبر (١٠٠/١) ، شذرات الذهب (١٣٤/١) ، البداية والنهاية (٢٤٤/٩) ، التاريخ الكبير (٤١/٤ - ٤٢) .

(٥) قال البيهقي : وما قبلها عن الأسود عن عمر متصلة ، ورواية سليمان بن يسار عنه منقطعة . قال الشافعي : الحديث المتصل عن عمر يوافق حديثًا عن عمر ويزيد حديثًا عليه الهدي ، والذي يزيد في الحديث أولى بالحفظ من الذي لم يأت بالزيادة . انظر السنن الكبرى (١٧٥/٥) كتاب الحج باب ما يفعل من فاته الحج .

(٦) السنة لغة : الطريقة المعتادة ، حسنة كانت أو سيئة . ومنه قوله ﷺ من سن في الإسلام سنة حسنة كتب له مثل أجر من عمل بها ، لا ينقص من أجورهم شيء ومن سن في الإسلام سنة سيئة كتب عليه مثل وزر من عمل بها ، لا ينقص من أوزارهم شيء رواه الترمذي في الجامع الصحيح (٤٣/٤) كتاب العلم باب ما جاء إلى هدي فاتبع أو إلى الضلالة . رقم ٢٦ وقال : حديث حسن صحيح ورواه الإمام أحمد في مسنده (٣٦١/٤) . انظر لسان =

قال : « لعن الله الخمر وشاربها وعاصرها ومعتصرها ومشتريها وآكل ثمنها » [(١)] .

١٦٦٥٣ - وروى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال : « ثمن الخمر حرام وثمن الكلب » [(٢)] .

١٦٦٥٤ - قلنا : هذا النهي يتناول آكل الثمن ، وعندنا أنه منهي عنه ، والكلام في صحة العقد مع ذلك وفي تمولها للكفار .

١٦٦٥٥ - قالوا : عندكم يجوز للمسلم أخذ دينه من الذمي فيأكل ثمن الخمر .

١٦٦٥٦ - قلنا : المسلم لم يأخذه ثمنًا للخمر [(٣)] وحكم الملك يختلف باختلاف المالكين [(٤)] ؛ بدلالة أن بريرة [(٥)] كانت تأخذ الصدقة فيأكلها رسول الله ﷺ هدية [(٦)]

= العرب (٢١٢٤/٣) . وفي الاصطلاح : عبارة عن قول الرسول ﷺ وفعله وتقريره ما ليس من الأمور الطبيعية . وفي اصطلاح فقهاء الحنفية : ما واظب النبي ﷺ على فعله مع تركه بلا عذر . انظر تيسير التحرير (٢٠/٣) .

(١) أخرجه الترمذي في جامعه الصحيح (١١٢١/٢ - ١١٢٢) كتاب البيوع باب النهي أن تتخذ الخمر خلًا عن انس بن مالك رقم ١٢٩٥ ، وقال : هذا حديث غريب من حديث أنس ، وقد روي نحو هذا عن ابن عباس وابن مسعود وابن عمر ، ورواه أبو داود في سننه (٣٢٦/٣) كتاب الأشربة باب العنب يعصر للخمر . رقم ٢٦٧٤ وابن ماجه عن ابن عمر ، باب لعنت الخمر على عشرة أوجه (١١٢١/٢ - ١١٢٢) وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣٢٧/٥) في كتاب البيوع ، باب كراهية بيع العصير ممن يعصر الخمر عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحول إليه وآكل ثمنها » . واللفظ له ، والإمام أحمد في مسنده (٩٧/٢) ومجمع الزوائد (٩٠/٢) وتلخيص الحبير (٧٣/٤) .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٧/٣) كتاب البيوع رقم ١٩ وابن ابي شيبة في مصنفه (٢٤٥/٦) كتاب البيوع والأقضية عن ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ أنه قال : « ثمن الخمر حرام ، ومهر البغي حرام ، وثمن الكلب حرام ، وإن أتاك صاحب الكلب يلتمس ثمنه فاملأ يديه ترابًا ، والكوبة حرام ، وثمن الكلب حرام ، والخمر حرام ، والميسر حرام ، وكل مسكر حرام » ، واللفظ له أخرجه أحمد في مسنده (٣٥٦/١) والبيهقي في السنن الكبرى (١٢/٦ - ١٣) كتاب البيوع باب تحريم بيع الخمر .

(٣) في (ع) ، (م) المسلم يأخذ ثمنًا للخمر بحذف لم النافية الجازمة . وفي (ن) لا يأخذه .

(٤) قاعدة : « حكم الملك يختلف باختلاف المالكين » .

(٥) هي بريرة بنت صفوان مولاة عائشة ﵂ ، صحابية ولها أحاديث ، كان زوجها مولي فخيرها رسول الله ﷺ فاختارت فراقه ، وكان يحبها ويمشي في المدينة يبكي عليها واستشفع إليها برسول الله ﷺ فقال لها فيه ، فقالت : أتأمر ، قال : « بل أشفع » قالت : فلا أريده . انظر أسد الغابة (٣١/٦) ، الإصابة (٢٥١/٤ - ٢٥٢) ، المعجم الكبير (٢٠٤/٢٤ - ٢٠٥) .

(٦) في (ع) ، (م) هذه روي عن عروة بن الزبير عن بريرة قالت : تُصُدِّق علي بلحم فأهديته لعائشة فأبقته حتى دخل رسول الله ﷺ فقال : « ما هذا اللحم ؟ » قالت : لحم تُصُدِّق به على بريرة فأهدته لنا ، فقال : =

والصدقة محرمة عليه ، ثم جاز باختلاف المالكين .

١٦٦٥٧ - قالوا : روي عن علي ﷺ : أنه نهاه عن بيعها [١] .

١٦٦٥٨ - قلنا : إنما نهاه عن إظهار بيعها . وكذلك نقول ، ويدل على أنها مال لهم : أنهم يتمولونها ويعتقدونها مالًا [فكانت مالًا لهم] [٢] كالعبد المرتد .

١٦٦٥٩ - ولا يلزم الميتة والدم ؛ لأنهم إن تمولوها كانت كالخمر ، ولأنه شراب ممدوح عندهم ، فوجب أن يكون مالًا لهم كسائر أشربتهم .

١٦٦٦٠ - ولأنهم يُقَرُّون على إمساكه والانتفاع به فكان مالًا لهم ، كالشاة التي تركت التسمية عليها عمدًا ، ولأنها كانت متمولة قبل التحريم بعد الأحكام دون الأسماء .

١٦٦٦١ - ولأن أهل الذمة لم يعتقدوا التحريم ، فبقي التمول في حقهم كما كان ، وإذا ثبت أنها مال لهم ، فإذا أتلفها من غير إباحة لذمِّيّ ضمنها كسائر أموالهم .

١٦٦٦٢ - ولا يلزمه العبد المرتد ؛ لأنه بِردَّتِه أباح قتل نفسه . وهو يملك الإباحة بدلالة أنه لو أقر على نفسه بالقتل قتل ، فلذلك سقط الضمان .

١٦٦٦٣ - احتجوا : بما روى أبو الزناد [٣] عن الأعرج [٤] عن أبي هريرة ﷺ قال :

= «هو على بريرة صدقة ، ولنا هدية» . انظر المعجم الكبير (٢٠٥/٢٤) ، مجمع الزوائد (٢٤٧/٤) .

(١) انظر مسند الإمام الشافعي ص٢٨٦ ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٣) هو الإمام الفقيه عبد الله بن ذكوان القرشي أبو عبد الرحمن المدني المعروف بأبي الزناد ، وكان أبوه ذكوان مولي رملة بنت شيبة بن ربيعة زوجة الخليفة عثمان بن عفان ، وقيل مولي بنته عائشة . روي عن أبان ابن عثمان وأنس بن مالك وعروة بن الزبير وعلي بن الحسين والقاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وعبد الرحمن بن هرمز الأعرج وغيرهم . وروى عنه السفيانان وغيرهم . قال فيه عبد الله بن أحمد بن حنبل عن أبيه : ثقة . ولد في نحو سنة خمس وستين في حياة عبد الله بن عباس ولقي ابن عمر وأنس بن مالك وغيرهم، وتوفي سنة ١٣١هـ في ليلة الجمعة لتسع عشرة خلت من رمضان ، وهو ابن ست وستين سنة . كان فقيهًا وأحد علماء المدينة . انظر سير أعلام النبلاء ٤٤٥/٥ - ٤٥١ ، تهذيب التهذيب ١٧٨/٥ - ١٧٩ ، تهذيب الكمال ٤٧٦/١٤ . ، شذرات الذهب ١٨٢/١ .

(٤) هو عبد الرحمن بن هرمز الأعرج المدني ، مولي ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب . روي عن أسيد ابن خديج ، والسائب بن يزيد وأبي هريرة وغيرهم ، وروى عنه أبو الزناد عبد الله بن ذكوان وعكرمة وعلقمة وغيرهم ، توفي بالإسكندرية سنة ١١٧هـ . قال ابن سعد : كان ثقة كثير الحديث ، وكان عالمًا بالأنساب العربية . التاريخ الكبير (٣٦٠/٥) ، تهذيب التهذيب (٢٩٠/٦) ، تهذيب الكمال (٤٦٧/١٧ - ٤٧١) ، شذرات الذهب (١٥١/١) .

إن الله تعالى لعن الخمر وحرم ثمنها ، ولحم الخنزير وحرم ثمنه (١) .

١٦٦٦٤ – قلنا : ثمنها محرم عندنا لكنهم أُقِرُّوا عليه ، والمختلف فيه القيمة وليس الثمن (٢) .

١٦٦٦٥ – قالوا : نجس العين فلم يكن مالًا ، ولا يجوز بيعه ، ولا يضمن بالإتلاف كالبول (٣) .

١٦٦٦٦ – قلنا : المعنى فيه أنهم لا يتمولونه في العادة بالإتلاف ، إلا أن توجد إباحة ممن يملك الإباحة (٤) .

١٦٦٦٧ – قالوا : علة الأصل تبطل بالمصحف والشحوم .

١٦٦٦٨ – قلنا : هذا غلط ؛ لأنهم يتمولون المصحف [لمطالعته (٥) واقتنائه] كما يتمولون كتب اللغة والشعر . وأما الشحوم (٦) : فإنهم يتمولونها لأجل أثمانها وإن حرموها كما يتمول السمن النجس . فإن كانوا لا يتمولون الشحوم لم تضمن لهم .

١٦٦٦٩ – قالوا : فتبطل العلة بالموقوذة وذبائح المجوس (٧) .

١٦٦٧٠ – قلنا : أما الموقوذة : فإنها تُضمن ، وأما ذبائح المجوس (٨) فجوابنا عنها جوابنا في الشحوم .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٢/٦) كتاب البيوع باب تحريم الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، وأخرجه أبو داود في سننه كتاب البيوع في ثمن الخمر والميتة (٢٧٩/٣) رقم ٣٤٨٥ والدارقطني في سننه (٧/٣) كتاب البيوع رقم ٢١ وكنز العمال (٧٩/٤) رقم ٩٦١٨ . انظر هذا الدليل في المهذب للشيرازي (٣٧٤/١) ولكن في حديث آخر في هذا المعنى ما روي عن ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال : « إن الله تعالى إذا حرم شيئًا حرم ثمنه » أخرجه البيهقي في سننه الكبرى ، كتاب البيوع ، باب تحريم التجارة في الخمر (١١/٦) والهيثمي في مجمع الزوائد (٨٩/٤) .

(٢) قال العيني : نحن نقول بموجب ذلك ، وهما حرام علينا ، ولكنهم أُقِرُّوا على ذلك ، فكان حلالًا لهم . انظر البناية على الهداية (٤٢٤/٨) .

(٣) انظر مغني المحتاج (٢٨٥/٢) وفيه « ولا تضمن الخمر سواء أكانت لمسلم أو لغيره محترمة أم لا ؛ إذ لا قيمة لها كالدم والميتة وسائر الأعيان النجسة » .

(٤) انظر البناية على الهداية (٤٢٤/٨) .

(٥) بدلًا من : « القضاء صاحبها » المثبت في النسخ » .

(٦) [لا] ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) . والصواب حذفها كما في (ص) ، (ع) ، (م) أما ما في (ن) فخطأ لأن المعنى يصح .

(٧) انظر الحاوي الكبير (٢٢١/٧) .

(٨) في (ن) : [المسلمين] .

١٦٦٧١ - قالوا : علة الأصل تبطل بالعبد المرتد [١] .

١٦٦٧٢ - قلنا : هو مال لهم يجوز ، بيعه ولا يجب على [٢] مستهلكه ضمان ، لأنه أباح دم نفسه فيملك الإباحة على ما قدمنا .

١٦٦٧٣ - قالوا : ما لا يتقوم لأهل ملة لم يتقوم عليها [٣] [٤] .

١٦٦٧٤ - قلنا : لا يتقوم للمسلمين ؛ لأنهم منعوا من تموله والانتفاع به ، ويتقوم عليهم لمن يتموله وأقرّ على الانتفاع به ، ولهذا يضمن الشاة التي تركت التسمية عليها عمدًا لمخالفينا [٥] ولا يضمنهم إذ أتلفوا علينا .

١٦٦٧٥ - قالوا : المعتبر في الأحكام بما يقرون عليه في شرعنا دون ما اعتقده الكفار وإن أقرناهم عليها ، كما نقرهم على كفرهم بالجزية ، ولا يعتبر ذلك إقرارًا بأحكام الكفر .

١٦٦٧٦ - قلنا : عندنا أن شريعتنا لما منعت التعرض لهم في الخمر وحظرت إتلافها عليهم ، وأوجبت إقرارهم على تمولها ؛ اقتضت شريعتنا تقويمها [٦] .

---

(١) انظر مع الشرح الكبير (٤٤٣/٥) .

(٢) هكذا في (ن) وهو الصواب أما في باقي النسخ في .

(٣) انظر التكملة الثانية للمجموع (٢٨٣/١٤) وفيه لأن صفات الشيء قد تختلف فيختلف حكمه في كونه مالًا ، ويختلف مالكوه فلا يختلف حكمه في كونه مالًا كالحيوان هو مال لمسلم وكافر ، فلما لم يكن الخمر والخنزير مالاً لمسلم أو كافر ، ثم لو دبغ جلد ميتة صار مالًا لمسلم وكافر ، ويتحرر من هذا قياسان : الأول : أن كل ما ليس مضمونًا في حق المسلم لم يكن مضمونًا في حق الكافر ، كالميتة والدم أو كل عين لم يصح أن تشتغل ذمة المسلم بثمنها لم يصح أن تشتغل ذمة المسلم بقيمتها . والثاني : أن ما لم يستحقه من عوض الحكم لم يستحقه الكافر كالثمن .

(٤) قاعدة : « ما لا يتقوم لأهل ملة لا يتقوم عليها » .

(٥) وفي (ن) : [لمخالفتنا] . ولكن الحنفية والشافعية متفقون على عدم ضمان من أتلف الشاة المذبوحة المتروكة التسمية . انظر البحر الرائق (١٤٣/٨) .

(٦) هذه مسألة مرتبطة بمسألة أصولية وهي : هل الكفار مكلفون بفروع الشريعة الإسلامية بعد اتفاق العلماء أنهم مكلفون بأصول الشريعة ؟ وقد نقل القاضي أبو بكر الباقلاني الإجماع على تكليفهم بتصديق الرسل وترك تكذيبهم ، أما في الفروع فقد اختلف العلماء على عدة مذاهب ، المشهور منها مذهبان : الأول : أنهم مكلفون بها ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ؛ فعلى هذا يكونون مكلفين بفعل الواجب وترك الحرام وبالاعتقاد في المندوب والمكروه والمباح . والثاني : أنهم ليسوا مكلفين بها ، وبه قال الحنفية واختاره الإسفرايني . وقال الشافعية : حصول الشرط الشرعي لفعل المكلف ليس شرطًا للتكليف به ، فيجوز التكليف به وإن لم يحصل شرطه . انظر أصول السرخسي (٧٣/١) تحقيق أبو الوفا الأفغاني ط طبائع دار الكتاب العربي ، التمهيد للإسنوي ص١٢٦ ، تيسير التحرير (١٤٨/٢) .

١٦٦٧٧ - فأما أن تُقَوَّمَ بحكم دينهم فلا .

١٦٦٧٨ - قالوا : قد اقتضت شريعتنا عند أبي حنيفة إقرارهم على تزويج ذوات المحارم ، ثم لم يوجب التوارث بهذا النكاح - لم ينقض توارثًا عليهم لأن الزواج الصحيح قد يخلو من التوارث وأحكامه . فلو منعنا البيع وأسقطنا الضمان عن المتلف لنقضنا معنى إقرارهم على تمولها .

١٦٦٧٩ - فإن قيل : لو ترافعوا إلى الحاكم ، أبطل نكاح ذوات المحارم وحكم على المشترى بثمن الخمر ، فكان يجب أن يتساويا في الإبطال أو في التصحيح .

١٦٦٨٠ - قلنا : ملك الإنسان لاستباحة أمه وبنته وأخته لا يجوز في الإسلام بحال فلم يجز أن يحكم الحاكم به . وملك المسلم الخمر يجوز ، لأنه تملكها بالميراث والضمان ، فلما جاز تملكها في الإسلام جاز للحاكم أن ينفذ الحكم [1] المتفق عليه في الشرع والقضاء بالثمن ، كالقضاء بالمسمى في نكاح ذوات المحارم إذا [دخل] [2] بهن وكذلك نقول / .

١٩٠/ب

(١) في (ع) ، (م) : [العتق] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) .

مسألة ٨٢٣

هبة الطعام والمغصوب لغير المغصوب منه

١٦٦٨١ - قال أصحابنا : إذا غصب طعامًا فوهبه لغيره فأكله ، فللمالك تضمين أيهما شاء ، فإن ضمن الغاصب لم يرجع على الآكل وإن ضمن الآكل لم يرجع على الغاصب (١) .

١٦٦٨٢ - وقال الشافعي ﷺ : إن أطلق الهبة ثم ضمن الموهوب له ، فهل يرجع على الواهب ؟ فيه قولان . وإن ضمن الغاصب رجع على الموهوب له ، على القول الذي قال : الموهوب لا يرجع .

١٦٦٨٣ - وعلي القول الآخر : يرجع ، وإن قال : كُلْهُ ؛ فهو طعام فلان ، ثم ضَمَّنَ الغاصب رجع عليه . وإن ضمَّنه هو لم يرجع على الغاصب . وإن قال : هذا طعامي فكله ، فإن رجع عليه الغاصب لم يرجع على الآكل قولًا واحدًا ، وإن رجع على الآكل فهل يرجع على الغاصب ؟ قولان (٢) .

---

(١) المبسوط (٤١/١١) ، الفتاوى الهندية (١٤٧/٥) . وعند المالكية إذا وُهِبْتَ طعامًا أو إدامًا فأكلته ، أو ثوبًا فلبسته حتى أبليته رجع مستحقه على الغاصب المليء ؛ لأنه المتعدي المسلط ، وإن كان معدمًا أو معجوزًا عنه فعليك لأنك المتنفع بماله ، ولا ترجع أنت على الواهب بشيء لعدم انتفاعه . انظر المدونة (١٨٦/٤) ، الذخيرة (٢٧٢/٨) ، البيان والتحصيل (٢٤٠/١١ - ٢٤١) .

(٢) انظر الحاوي الكبير (٢٠٥/٧ - ٢٠٦) ، المهذب (٣٧٣/١) ، التكملة الثانية للمجموع (٢٨٠/١٤) ، حلية العلماء (٢٢٤/٥) ، روضة الطالبين (١٠/٥) قال الماوردي : من غصب طعامًا فأطعمه غيره ففيه ثلاثة فصول : فأما الفصل الأول : وهو أن يهبه لرجل فيأكله الموهوب له ، فرب الطعام بالخيار بين أن يرجع به على الغاصب لتعديه بأخذه ، وبين أن يرجع على الموهوب له لاستهلاكه بيده ، فإن رجع على الموهوب له فأغرمه إياه رجع بغرمه على الغاصب ؛ لأنه غار له في إيجاب الغرم . والقول الثاني : أنه لا يرجع على الغاصب لبطلان هبته ، فصار كاستهلاكه إياه من غير هبته . وإذا رجع المالك بغرمه على الغاصب الواهب ، فإن كان الموهوب له عالمًا بأنه مغصوب رجع الغاصب عليه بما غرم ، وإن لم يعلم بأنه مغصوب ففي رجوعه بالغرم على الموهوب له قولان : أحدهما : لا يرجع به لأنه غار ، والقول الثاني : أنه يرجع على الموهوب له بالغرم لأنه متلف . وعند الحنابلة : إذا غصب طعامًا فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء ؛ لأن الغاصب حال بينه وبين ماله ، والآكل أتلف مال غيره بغير إذنه ، وقبضه عن يد ضامنه بغير إذن مالكه . فإن كان الآكل عالمًا بالغصب استقر الضمان عليه ، لكونه أتلف مال غيره بغير إذن عالمًا من غير تغرير . فإذا ضمَّن الغاصب رجع عليه ، وإن ضمن الآكل لم يرجع على أحد . وإن لم يعلم الآكل نظرنا فإن كان الغاصب قال له : كل فإنه طعامي ؛ استقر الضمان عليه ؛ =

١٦٦٨٤ - لنا : أن الموهوب له قابض لنفسه من غير بدل ، فوجب أن لا يرجع على من أقبضه . أصله إذا قال : هذا طعام فلان غصبته ، ولأن منفعة الأكل سلمت له فلا يرجع ببدله على غيره ، أصله إذا غصب منه فأكله .

١٦٦٨٥ - [ولأنه وهب ملك غيره ، فإذا ضمن لم يرجع على من وهب له ، كما لو قال : هذا طعامي فكله] [1] .

* * *

= لاعترافه بأن الضمان باق عليه ، وأنه لا يلزم الآكل شيء . وإن لم يقل ذلك ؛ ففيه روايتان ، إحداهما : يستقر الضمان على الآكل . والثانية يستقر الضمان على الغاصب ، وهذا ظاهر كلام الخرقي . المغني مع الشرح الكبير (٤٣٦/٥) ، الشرح الكبير مع المغني (٤٢٢/٥ - ٤٢٣) ، المبدع (١٧٨/٥) .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

مسألة ٨٢٤

جبر نقصان الولادة بالولد

١٦٦٨٦ - قال أصحابنا : إذا ولدت المغصوبة في يد الغاصب فنقصتها الولادة وفي الولد وفاء بالنقصان لم يضمن ذلك [١] .

١٦٦٨٧ - وقال زفر : يضمنه [٢] .

١٦٦٨٨ - وبه قال الشافعي رحمه الله [٣] .

(١) انظر مختصر الطحاوي ص١١٨ ، المبسوط (١١/٥٨ - ٦١) ، تبيين الحقائق (٥/٢٣٢) ، البحر الرائق (٨/١٣٨) ، رءوس المسائل ص٣٥٤ ، الهداية (٤/١٩) ، البناية على الهداية (٨/٤١٠ - ٤١١) .
قال الزمخشري : نقصان الولادة يجبر بوفاء الولد عندنا إن كان في الولد وفاء بنقصان الولادة . وقال الطحاوي في مختصره : وإذا غصب رجل جارية فحملت في يد الغاصب فولدت ثم مات ولدها من غير فعل الغاصب فلا ضمان عليه فيه ، وعليه ضمان نقصان الجارية بالولادة للمغصوب منه . ولو لم يمت الولد في يد الغاصب نظر إلى قيمة الولد ، وإلى قيمة النقصان بالولادة . فإن كان في قيمة الولد ما يفي به فلا ضمان على الغاصب فيه ، وإن كان لا يفي به ضمن للمغصوب منه قيمة نقصان الولادة .

(٢) انظر الهداية (٤/١٩) ، البناية (٨/٤١١) ، تكملة البحر الرائق (٨/١٣٨) ، تبيين الحقائق (٥/٢٣٢) ففي البناية قال زفر : لا ينجبر النقصان بالولد ؛ لأن الولد ملكه فلا يصح جابرًا لملكه ؛ لأن الضمان جبر ما فات منه ، ولم يوجد كما في ولد الظبية إذا أخرجها من الحرم ونقصت قيمتها بسبب الولادة ، وقيمة ولدها يساوي ذلك النقصان ، فإنه لا ينجبر بها فيجب ضمان النقصان مع وجوب ردها إلى المغصوب منه . وكما إذا هلك الولد قبل الرد فإنه يجب ضمان النقصان . ولو ماتت الأم بسبب الولادة وبالولد وفاء صار حكم هذا كما إذا جز صوف شاة غيره فنبت صوفٌ غيره أو قطع قوائم شجرة غيره فنبتت قوائم أخرى مكانها . فإن هذا النماء لا يجبر النقصان . وبهذا القول قال الإمام مالك والإمام أحمد ، جاء في الذخيرة : إذا ولدت من الغاصب فمات الولد غرم أرش نقص الولادة ، وعليه قيمته يوم الولادة إن ولد حيًا واشتراها حاملًا أو ولدت عنده ، وإذا استحقت الأمة المشتراة غرم قيمة الولد ونقص الولادة للمغصوب منه ورجع بذلك على الغاصب . انظر البيان والتحصيل (١١/٢٥٦) ، التفريع (٢/٢٨٠) ، الذخيرة (٨/٣٠٥) . وجاء في الشرح الكبير مع المغني (٥/٤١٧) ويضمن نقص الولادة لا ينجبر بزيادتها بالولد ، وانظر أيضًا المغني مع الشرح الكبير (٥/٤٠٨) .

(٣) انظر حلية العلماء (٥/٢٢٧) وروضة الطالبين (٥/٦٥) قال النووي : لو نقصت الجارية بالولادة والولد رقيق تفي قيمته بنقصها لم ينجبر به النقص بل يأخذ الولد والأرش . الحاصل : ذهب الإمام أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد إلى عدم ضمان نقص الولادة ، بل ينجبر النقص الحاصل من الولادة بالولد إذا كان به وفاء لذلك ، ولكن الإمام زفر بن الهذيل من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة يرون أن ولد المغصوبة لا يجبر نقصان الولادة ، بل يضمنه الغاصب .

١٦٦٨٩ - لنا : أن حدوث الولد وانفصاله أوجب النقص ، وكل نقص وقع لملوك جاز أن يجبر به . أصله : إذا جنى على [الأم] [١] ، ولأن الولادة أوجبت نقصًا وأفادت مالًا ، فجاز أن يجبر النقص بالفائدة . أصله : إذا قلع سن المغصوبة فنبتت ، أو قطع يدها فأخذ الغاصب الأرش [٢] .

١٦٦٩٠ - فإن قيل : لا نسلم أن الولادة أفادت مالًا ؛ لأن الولد كان ملكًا قبلها ، ولهذا يجوز تصرفه [٣] فيه بالعتق .

١٦٦٩١ - قلنا : إنما صار مالًا بالولادة ، بدلالة أنه صار بحيث يعتاض عنه ، وقبلها كان لا يجوز الاعتياض عنه .

١٦٦٩٢ - فإن قيل : هذا ينتقض إذا قطع غصن شجرة فنبت ، أو جزَّ صوفًا فنبت [٤] .

١٦٦٩٣ - قلنا : إنما يضمن الغصن والشعر ولا يضمن نقصان الأم . ألا ترى أنه لو لم تنقص [قيمة الشجرة والشاة] ضمن ، وإتلاف الأغصان ما أوجد ما حدث من الأغصان ؟ .

١٦٦٩٤ - قالوا : [٥] إذا قطع أنثي العبد أو الأصبع الزائدة فإن قيمة العبد تزيد ولا يجبر الأرش بزيادة القيمة [٦] .

١٦٦٩٥ - قلنا : ههنا يضمن التلف ولا يضمن النقصان ، بدلالة أن تضمين اليدين بجميع العبد والنقصان لا يبلغ كل القيمة ، فصار ذلك كالأغصان .

١٦٦٩٦ - ولأن زيادة القيمة في العين المغصوبة غير معتد بها ، كما لا يعتد عندنا بنقصانها ، فوجودها وعدمها سواء ، فبقي فوات الغصن وهو نقص .

١٦٦٩٧ - قالوا : الأرش مال وجب للمغصوب منه ، فقام الغاصب مقامه في قبضه .

١٦٦٩٨ - قلنا : إنه [٧] وجب للمغصوب منه فاعْتُدَّ به في مقابلة النقصان الذي

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٢) المبسوط (٥٩/١١) ورءوس المسائل ص٣٥٤ قال الزمخشري : ، سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة ؛ لأنه بالولادة انتقصت ، وبالولد زادت ، فتجبر هذه الزيادة بهذا النقصان ، كما لو قلع سن إنسان ثم نبت مكانه آخر ، فإنه ينجبر ولا ضمان على القالع لهذا المعنى ، لأن سبب الزيادة النقصان واحد .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) في (ص) : [قبلت] والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ الثلاثة .

(٥) في (ص) : [زيادة] (يبطل) .

(٦) انظر تكملة البحر الرائق (١٣٨/٨) ، تبيين الحقائق (٢٣٢/٥) .

(٧) هكذا في (ص) وفي باقي النسخ (إلا أنه) .

كان يضمنه الغاصب ، كذلك الولد . وإن حدث على ملكه يجبر به النقصان الحادث على ملكه إذا كان سببًا في حصوله .

١٦٦٩٩ - ولأنه نقص لو حصل في الموهوبة لم يسقط به شيء من الدين فلم يلزمه غرامته في الغصب ، أصله نقصان الشعر .

١٦٧٠٠ - ولأنه نقص حصل [1] بالولادة ، وفى الولد وفاء به فلم يضمن لأجله شيئًا . أصله الموهوبة إذا ولدت .

١٦٧٠١ - احتجوا : بأن الولد مال مغصوب منه فوجب أن لا يجبر به النقصان الحادث في يد الغاصب ، كسائر أمواله [2] .

١٦٧٠٢ - قلنا : يبطل بالأرش [وبالسن] [3] إذا قلعها فنبتت ، ولأن سائر أمواله لم يستنفدها بسبب الولادة فلم يجبر بنقصانها . وفى مسألتنا بخلافه .

١٦٧٠٣ - قالوا : نقص حصل بالولادة فلا يجبر بالولد ، كما لو ماتت الأم [4] .

١٦٧٠٤ - قلنا : إذا ماتت الأم سقط نقصان الولادة وتعلق الحكم بالأصل . وإذا سقط ضمانه بطل جبرانه [بما حدث بسببه] [5] وقبل الموت ضمانه واجب ، فجاز أن يجبر ؛ ولأن الولد تبع والنقصان تبع والأم أصل ، والتبع يقوم مقام الأصل .

* * *

---

(١) في (ن) حدث .

(٢) هذا الدليل للإمام زفر رحمه الله حيث قال هو ضامن لجميع النقصان ، لأن ضمان النقصان واجب عليه بفوات جزء مضمون منها فلا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء ممن له الحق وقد انعدم الإسقاط ممن له الحق ، وهو برد الولد لا يكون مؤديًا للضمان ؛ لأن الولد ملك المضمون له وأداء الضمان بملك غير المضمون له ؛ لأن الضمان بجبران ما فات عليه ، وملكه لا يكون جابرًا لملكه . المبسوط (٥٨/١١) وفي الشرح الكبير مع المغني (٤١٧/٥) : أن ولدها ملك للمغصوب منه فلا ينجبر به نقص حصل بجناية الغاصب كالنقص الحاصل بغير الولادة . وانظر أيضًا المغني مع الشرح الكبير (٤٠٨/٥) ونتائج الأفكار (٣٥٠/٩) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) انظر نتائج الأفكار (٣٥١/٩) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

ضمان أم الولد بالغصب

١٦٧٠٥ - قال أبو حنيفة : أم الولد لا تضمن بالغصب إذا تلفت في يد الغاصب (١) .

١٦٧٠٦ - وقال الشافعي : تضمن (٢) .

١٦٧٠٧ - لنا : أنه سبب لا تضمن به الحرة ، فلم تضمن به أم الولد [كما لا يضمنها] (٣) مولاها بالعقد .

١٦٧٠٨ - ولأنه ضمان يد ؛ فلا يثبت في أم الولد . أصله : إذا مات المولى وعليه دين تحملته في يد نفسها .

١٦٧٠٩ - قالوا : كل ما يضمن بالقيمة إذا أتلفه الغاصب ضمن بها إذا أتلف في يده كالمدبر (٤) .

١٦٧١٠ - قلنا : المدبر لو حصل في يد نفسه بموت المولى جاز أن يضمن رق نفسه عندنا من طريق الحكم . وعندهم إذا كوتب جاز أن يضمنه الغاصب باليد ، وأم الولد بخلاف ذلك .

• • •

(١) الهداية (٢٣/٤) ، البناية (٤٤٦/٨) ، تبيين الحقائق (٢٣٩/٥) قال الزيلعي : « من غصب أم ولد أو مدبرة فماتت ضمن قيمة المدبرة ، لا أم الولد ، وهذا عند أبي حنيفة . وبقول الإمام أبو حنيفة قال ابن القاسم من المالكية ، فقال : إذا ماتت أم الولد عند غاصبها غرم قيمتها لسيدها ، قيمة أم الولد لا عتق فيها . انظر الذخيرة للقرافي (٢٧٧/٨) .

(٢) انظر حلية العلماء (٢٢١/٥) وبقول الشافعية قال الصاحبان من الحنفية وسحنون من المالكية والإمام أحمد . انظر البناية على الهداية (٤٤٦/٨) ، الذخيرة (٢٧٧/٨) ، البيان والتحصيل (٢٤٢/١١) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٤٩/٥) .

(٣) زيادة اقتضاها السياق .

(٤) انظر تبيين الحقائق (٢٣٩/٥) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٤٩/٥) قال ابن قدامة : لنا أن ما يضمن بالقيمة يضمن بالغصب كالقن ، ولأنها مملوكة فأشبهت المدبرة ، وفارقت الحرة فإنها ليست مملوكة ، ولا تضمن بالقيمة .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب الشفعة

كتاب الشفعة (١)

(١) الشُّفْعة لغة : الزيادة من باب نفع شفعت الشيء ضممته إلى الفرد ، وشفعت الركعة جعلتها ثنتين ، من هنا اشتقت . والشفعة هي اسم للملك المشفوع مثل اللقمة اسم للشيء الملقوم ، وتستعمل بمعنى التملك لذلك الملك ، ومنه قولهم : من ثبت له شفعة فأخر الطلب من غير عذر بطلت شفعته ، ففي هذا المثال جمع بين المعنيين ؛ فإن الأولى للمال ، والثانية للتملك ، اسم الفاعل شفيع والجمع شفعاء مثل كريم وكرماء وشافع أيضًا . لسان العرب (٢٢٩٠/٤) ، المصباح المنير (٤٣٣/١) ، القاموس المحيط (٤٦/٣) مادة « شفع » . وأما الشفعة في الاصطلاح فقد عرفها الفقهاء بتعريفات مختلفة ، فعرفها الحنفية بأنها عبارة عن حق التملك في العقار ودفع ضرر الجوار . وقال الحنفية في تعريف آخر : الشفعة عبارة عن تملك العقار على مشتريه بما قام عليه جبرًا . وأما المالكية فقد عرفوها بأنها استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة . أما الشافعية فقد عرفوها بأنها حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض . وأما الحنابلة فقد عرفوها بأنها استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه . تبيين الحقائق (٢٣٩/٥) وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢٣٩/٥) ، الهداية (٢٤/٤) ، حاشية ابن عابدين (١٨٨/٥ - ١٨٩) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر (٤٧١/٢ - ٤٧٢) ، نتائج الأفكار (٣٦/٩) ، الشرح الصغير للدردير على حاشية بلغة السالك للصاوي (٢٢٦/٢) ، مغني المحتاج (٢٩٦/٢) وحاشية القليوبي وعميرة على المحلى (٤٢/٣) والبجرمي على الخطيب (١٤٥/٣) ، الإقناع على حل ألفاظ أبي شجاع (٥٨/٢) ، نهاية المحتاج (١٩٤/٥) . المغني مع الشرح الكبير (٤٥٩/٥) ، الإنصاف (٢٥٠/٦) ، المبدع (٢٠٣/٥ - ٢٠٤) . وهذه التعريفات الأربعة قد اختلفت تبعًا لاختلاف الفقهاء في بعض الأحكام المتعلقة بها خاصة فيما يتعلق بشفعة الجار ؛ حيث اعتبر الحنفية الجوار سببًا من أسباب الشفعة ، بينما ذهبت المذاهب الثلاثة الأخرى إلى أنه لا يثبت للجار شفعة ، وبالنظر إلى هذه التعريفات نجد أن الراجح هو تعريف الحنفية ، لأن تعريف المالكية والشافعية والحنابلة خصصت الاستحقاق بالشريك دون الجار ، فكانت الشفعة عندهم مقصورة عليه بخلاف تعريف الحنفية الذي أثبت الشفعة للشريك والجار وإذا كانت الشفعة قد شرعت لدفع الضرر فإن هذا الضرر يأتي من الجار كما يأتي من الشريك .

أما أدلة مشروعية الشفعة .

فيرجع ثبوتها إلى السنة والإجماع والأحاديث الموجبة لها كثيرة ، منها قول رسول الله ﷺ « الشريك شفيع والشفعة في كل شيء » . أخرجه الترمذي عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلاً . انظر الجامع الصحيح (٦٤٥/٣) رقم ١٣٧١ . وقول رسول الله ﷺ بأن جار الدار أحق بشفعة الدار والأرض ، أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٦/٢) رقم ٣٥١٧ وغيرهما من الأحاديث . وأما الإجماع : فقد نقله كثير من الفقهاء منهم الموصلي صاحب الاختيار ، والماوردي صاحب الحاوي ، وابن قدامة صاحب المغني ، وغيرهم . انظر الاختيار (٥١/٢) والحاوي (٢٢٧/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٤٥٩/٥) وحلية العلماء (٢٦٣/٥) . فقد قال ابن منذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم ، فيما بيع من أرض أو دار أو حائط . كتاب الإجماع لابن المنذر ص٥٦ ولكن قد خالف بعض العلماء هذا الإجماع ، منهم أبو العباس محمد بن =

هل شراء الأرض والنخيل يستلزم دخول الثمر في الشفعة

١٦٧١١ - قال أصحابنا : إذا اشترى أرضًا ونخلًا وفي النخل تمر ؛ أخذ الشفيع ذلك بالشفعة (١) .

١٦٧١٢ - وقال الشافعي [رحمه الله] (٢) : لا تجب الشفعة في الثمر . وإن كان غير مؤبر (٣)

= يعقوب الأصم المتوفى سنة ٣٤٠هـ وجابر بن زيد من التابعين المتوفى سنة ٩٣هـ وأبو بشير إسماعيل بن إبراهيم الأسدي المعروف بابن علية المتوفي سنة ٩٣ ، انظر ترجمتهم في سير أعلام النبلاء (٩/١٠٧ - ١٢٠ ، ٤/٤٨١ - ٤٨٢) وطبقات الشافعية للإسنوي (١/٧٢ - ٧٧) ، فقالوا : لا تثبت الشفعة ؛ لأن في ذلك إضرارًا لأرباب الأملاك ، فإن الشريك إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبعه ، ويتقاعد الشريك عن الشراء ، فيتضرر المالك . المغني مع الشرح الكبير (٥/٢٦٠) والحاوي الكبير (٧/٢٢٧) وحلية العلماء (٥/٢٦٣) وتمسكوا بظاهر قوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » سبق تخريج هذا الحديث .
وهذا خطأ ؛ لأن ما روي في الشفعة وإن لم يكن متواترًا فالعمل به مستفيض يصير به الخبر كالمتواتر ، ثم إنه ليس بشيء لمخالفة الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله ، وليس في التمسك بقوله ﷺ : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » ما يمنع من الشفعة ؛ لأن المشتري يعاوض على ما بذله فيصل إليه وترجع . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥/٢٦٠) والحاوي الكبير (٧/٢٢٧) .
وترجع حكمة مشروعية الشفعة إلى العمل على رفع ما قد يصيب الشريك أو الجار من ضرر شركته وتجنب ما قد يحدث له إما بسبب مشاركته لشخص لا تأمن عواقبه ، وإما بسبب مجاورته فقد يكون ذلك الشخص غليظ الطبع ردئ الخلق سيئ المعاشرة والضرر يجب أن يدفع قدر الإمكان ، مصداقًا لقوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » . (سبق تخريجه) ، وخاصة ما أمر به الشارع الكريم من إكرام الجار لقوله ﷺ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره » أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب الإيمان باب الحث على إكرام الجار (١/٦٨) رقم ٧٤ عن أبي هريرة ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى كتاب الجزية باب ما جاء في الضيافة ثلاثة (٩/١٩٧) . فالضرر يجب دفعه وتجنبه ما أمكن فمن طريق الشفعة يتصل ملك الشفيع بالشيء المشترى فيندفع ضرر المشتري عن الشفيع . انظر مجمع الأنهر (٢/٤٧٢) وحاشية ابن عابدين (٥/١٤٤) وتبيين الحقائق (٥/٢٣٩) وأعلام الموقعين ص٣٤٧ - ٣٤٨ .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) .

(٢) انظر بدائع الصنائع (٥/٢٧ - ٢٨) ، الهداية (٤/٣٤) ، تبيين الحقائق (٥/٢٥١) ، الاختيار (٢/٦٢) . وبه قال المالكية كما جاء في الذخيرة التي جاء فيها : « إذا اشترى أصولًا فيها ثمر مؤبر بغير ثمرها ؛ جاز شراء الثمر قبل طيبها ، وكأنهما صفقة واحدة ، وشفع فيها الشريك ، وليس له أخذ أحدهما دون الآخر » .

(٣) التأبير : التلقيح والإصلاح يقال أبر النخل والزرع يأبره ويأبره أبرًا وأبارًا وأبارة وأبرة أي أصلحه وألقحه . =

دخل فى البيع بغير شرط ، وهل يؤخذ بالشفعة على قولين [١] ؟ .

١٦٧١٣ - لنا : ما روى ابن أبى مليكة عن ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال : « الشريك شفيع ، والشفعة فى كل شيء » [٢] .

١٦٧١٤ - ولأنه متصل بما تجب به الشفعة ؛ فوجب أن تثبت فيه الشفعة كالبناء والأبواب .

١٦٧١٥ - ولأنه نماء الشجر فتبع الأصل فى الشفعة حال اتصاله كالأغصان والورق .

١٦٧١٦ - ولأنه سبب يملك به الشجر ؛ فجاز أن يملك به نماؤها كالبيع [٣] .

١٦٧١٧ - احتجوا : بما روى جابر [٤] ﷺ قال : إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة

= طلبة الطلبة ص٣١٠ ، لسان العرب (٥/١) مادة أبر .

(١) المهذب للشيرازي (٣٧٧/١) ، روضة الطالبين (٦٩/٥) ، الحاوي الكبير (٢٧٠/٧ - ٢٧١) ، حلية العلماء ٢٦٥/٥ ، مغني المحتاج ٢٩٧/٢ . وفي حلية العلماء : وإن بيعت الأرض مع الزرع أو الثمرة الظاهرة مع الأصل لم تؤخذ الثمرة والزرع بالشفعة ، وإن كانت الثمرة مؤبرة ففيها وجهان : أحدهما : أنها تؤخذ مع الأصل بالشفعة والثاني : أنها لا تؤخذ ، وبقول الشافعية في الوجه الثاني قال الحنابلة ؛ ففي المغني مع الشرح الكبير (٤٦٣/٥ - ٤٦٤) الشرط الثاني : أن يكون المبيع أرضًا ، وأما غيرها فينقسم قسمين : أحدهما : تثبت فيه الشفعة تبعًا للأرض وهو البناء ، والغرس يباع مع الأرض فإنه يؤخذ بالشفعة تبعًا بغير خلاف في المذهب . القسم الثاني : مالا تثبت فيه الشفعة تبعًا ولا مفردًا وهو الزرع ، والثمرة الظاهرة تباع في الأرض ؛ فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل .

(٢) قال أبو عيسي : هذا حديث لا نعرف مثله إلا من حديث أبي حمزة السكري وقد روى غير واحد عن عبد العزيز بن رفيع عن ابن أبي ملكية عن النبي ﷺ مرسلاً وهذا أصح . انظر الجامع الصحيح كتاب الأحكام باب ما جاء أن الشريك شفيع (٦٤٥/٣) رقم ١٣٧١ . والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٩/٦) كتاب الشفعة باب لا شفعة فيما ينقل ويحول بنفس الإسناد . والطبراني في معجمه (١٢٣/١١) رقم ١٢٤٤ والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢٥/٤) كتاب الشفعة باب الشفعة بالجوار . ط مطبعة أنوار المحمدية بالقاهرة . وكنز العمال (٧/٧) رقم ١٧٧٠٣ عن ابن عباس .

(٣) انظر تبيين الحقائق (٢٥١/٥) وبدائع الصنائع (٢٨/٥) . يقول الكاساني : والقياس أن لا يؤخذ البناء والغرس والزرع والثمر بالشفعة ، وجه القياس : أن الشفع إنما يتملك ما يثبت له فيه حق الشفعة ، وأنه يثبت في العقار لا في المنقول ، وهذه الأشياء منقولة فلم يثبت فيها الحق ، فلا تتملك بالشفعة وخاصة الزرع والثمر لأنهما مبيعان مقصودان ، لا يدخلان في العقد من غير تسمية فلم يثبت الحق فيهما لا أصلاً ولا تبعًا .

(٤) هو الصحابي الجليل أبو عبد الله جابر بن عبد الله بن عمرو الخزرجي السلمي ، روى عن النبي ﷺ وعن أبي بكر وعمر وعلي وأبي عبيدة وطلحة ومعاذ بن جبل وعمار بن ياسر وخالد بن الوليد وأبي قتادة وأبي هريرة وغيرهم من الصحابة . وروى عنه أولاده عبد الرحمن وعقيل ومحمد ، وسعيد بن المسيب ومحمد بن المنكدر والحسن البصري وسعيد بن هلال والشعبي وعطاء بن أبي رباح وعروة بن الزبير وخلق كثير . اختلف في سنة =

فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » [١] .

١٦٧١٨ - [قالنا] [٢] : وقد يقتضي وجوب الشفعة فيما يقع فيه الحدود ولا ينفي غيره .

١٦٧١٩ - لأن قوله إنما يفيد التأكيد ولا ينفي غير المذكور [٣] ؛ قال الله تعالى : ﴿ إِنَّمَا يَفْتَرِي ٱلْكَذِبَ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِـَٔايَٰتِ ٱللَّهِ ﴾ [٤] . ولم يدل ذلك على أن غير الكافرين لا يفترون .

١٦٧٢٠ - قالوا : كل ما لا يدخل مع الأرض بإطلاق البيع لا يجب فيه الشفعة كالثياب والمتاع والبعر [٥] الذي في الأرض [٦] .

١٦٧٢١ - قلنا : يبطل بالطريق الخارج من الحدود والشرب ، والمعنى في الأصل : أنه منفصل عما تعلقت به الشفعة وليس كذلك الثمرة ؛ لأنه متصل بما قامت به فتتبعها [٧] في الشفعة .

= وفاته ، قال أبو سعيد والهيثم : مات سنة ٧٣هـ وقيل : مات سنة ٧٧هـ وقيل : مات سنة ٩٤هـ ، وصلى عليه أبان بن عثمان ، وهو آخر من مات من الصحابة بالمدينة ، يقال إنه عاش ٩٤ سنة . تهذيب التهذيب (٣٧/٢ - ٣٨) ، الإصابة (٢١٣/١) ، تهذيب الكمال (٢٩٢/١) رقم٢٩٠ ، أسد الغابة (٣٠٧/١) رقم٦٤٧ .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٢/٦) كتاب الشفعة ، باب الشفعة فيما لم يقسم ، عن الزهري وعن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله وأخرجه ابن حجر في تلخيص الحبير (٥٥/٣ - ٥٦) انظر هذا الدليل في المغني مع الشرح الكبير (٤٦٥/٥) .

(٢) « قالوا » في جميع النسخ . وقد أبدلناها إلى (قلنا) بدلاً عن قالوا في جواب دليل المخالف .

(٣) قال ابن عطية : (إنما) لفظ لا تفارقه المبالغة والتأكيد حيث وقع ، ويصلح مع ذلك للحصر إن دخلت في قصة ساعدت عليه فجعل وروده للحصر مجازًا يحتاج إلى قرينة . ولكن أصل ورودها للحصر ، لكن قد يكون في شيء مخصوص ، كقوله تعالى في سورة النساء ﴿ إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَٰحِدٌ ﴾ من الآية رقم ١٧١ « فإنه سبق باعتبار منكري الوحدانية ، وإلا فله سبحانه صفات أخري كالعلم والقدرة . وكقوله تعالى في سورة النازعات الآية ٤٥ ﴿ إِنَّمَا أَنتَ مُنذِرُ مَن يَخْشَىٰهَا ﴾ فإنه سبق باعتبار منكري الرسالة ، وإلا فله ﷺ صفات أخري كالبشارة إلى غير ذلك من الأمثلة في منع إفادتها للحصر مطلقًا ، فتح الباري (١٤/١) .

(٤) وتكملتها : ﴿ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْكَٰذِبُونَ ﴾ من سورة النحل من الآية ١٠٥ انظر تفسير الآية في تفسير الطبري (١٨٠/١٤) ، تفسير الكشاف للزمخشري (٤٢٩/٢) ، تفسير القرآن العظيم لابن كثير (٥٨٧/٢) .

(٥) هكذا في (ص) ، (ع) أما في (م) « الثغر » والصواب ما أثبتناه من (ن) والبعر لغة : جمع البعرة وهو رجيع الخف والظلف من الإبل والشاة وبقر الوحش والظباء إلا البقر الأهلية فإنها تخثي وهو خثيها وربما تبعر أيضًا » . انظر لسان العرب (٣١٢/١) مادة بعر والمصباح المنير (٧٤/١) .

(٦) انظر هذا الدليل في والمغني مع الشرح الكبير (٤٦٤/٥) .

(٧) في (ن) : [فبعنا] . والصواب ما أثبتناه من النسخ الثلاثة .

الجوار سبب الشفعة

١٦٧٢٢ - قال أصحابنا : الشفعة واجبة للجار بالجوار (١) .

١٦٧٢٣ - وقال الشافعي رحمه الله : لا شفعة للجار (٢) .

١٦٧٢٤ - لنا : ما روى الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال : « جار الدار أحق بشفعة الدار والأرض » (٣) .

١٦٧٢٥ - وذكر أبو داود « جار الدار أحق بدار الجار والأرض » (٤) .

١٦٧٢٦ - فإن قيل : لم يسمع الحسن من سمرة إلا حديث الهدي (٥) .

١٦٧٢٧ - قلنا : أكثر الأحوال أن يكون مرسلًا والمرسل عندنا مقبول (٦) على أن

---

(١) الهداية (٢٤/٤) ، تبيين الحقائق (٢٣٩/٥) ، البناية على الهداية (٤٥١/٨) ، بدائع الصنائع (٤/٥) ، المبسوط (٩١/١٤) .

(٢) المهذب (٣٧٧/١) ، حلية العلماء (٢٦٦/٥) ، الحاوي الكبير (٢٢٦/٧ - ٢٢٧) وبقول الشافعية قال المالكية والحنابلة في أحد الوجهين . كتاب الكافي ٨٥٢/٢ ، بداية المجتهد ٢٥٦ ، التفريع (٢٩٩/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٤٦١/٥) ، المبدع (٢٠٦/٥) ، الإنصاف (٢٥٨/٦) .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٦/٢) رقم ٣٥١٧ كتاب البيوع ، باب الشفعة ، الترمذي (٦٤١/٣) رقم ١٣٦٨ بلفظ : « جار الدار أحق بالدار » وقال : حديث حسن صحيح ، والإمام أحمد في مسنده (١٨/٥) ، ونصب الراية بعناية أيمن صالح شعبان (٤١٨/٥ - ٤١٩) . ط دار الحديث ، وكنز العمال (٦/٧) رقم ١٧٦٩٩ .

(٤) انظر سنن أبي داود (٢٨٦/٣) رقم ٣٥١٧ كتاب البيوع باب الشفعة .

(٥) انظر الحاوي الكبير (٢٣٠/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٤٦٣/٥) قال ابن قدامة : « وبقية الأحاديث في أسانيدها مقال ، فحديث سمرة يرويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة ، قاله أصحاب الحديث » تهذيب التهذيب (٢٣٤/٢) . وقال الصنعاني : للحفاظ في سماعه منه ثلاثة مذاهب : الأول : أنه سمع منه مطلقًا ، وهو مذهب على بن المديني والبخاري والترمذي . والثاني : أنه لم يسمع منه مطلقًا ، وهو مذهب يحيى بن سعيد القطان ويحيى بن معين . والثالث : أنه لم يسمع منه إلا حديث العقيقة ، وهو مذهب النسائي واختاره ابن عساكر ، وادعي عبد الحق أنه الصحيح . انظر سبل السلام شرح بلوغ المرام (٨٩٨/٣) .

(٦) قال ابن المديني : إن مرسلات الحسن إذا رواها عنه الثقات صحاح . والمرسل هو : ترك التابعي ذكر الواسطة بينه وبين رسول الله ﷺ : كقول سعيد بن المسيب قال رسول الله ﷺ ، فلو سقط واحد قبل التابعي كقول الراوي عن ابن المسيب قال رسول الله ﷺ ، فهو منقطع ، وإن سقط أكثر سمي معضلًا ، هذه طريقة جمهور المحدثين . وعند الأصوليين : المرسل قول من لم يلق النبي ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ ، سواء =

أصحاب الحديث أخرجوا للحسن عن سمرة في المسند [١] فلم يصح هذا الاعتراض .

١٦٧٢٨ - قالوا : لم يذكر في هذا الخبر أحق بأي حكم [٢] .

١٦٧٢٩ - قلنا : ذكره أبو بكر الرازي في الشرح [٣] : أحق بشفعة الدار ، ولم يذكر فيه احتمالا ، لأنه لا حق يثبت للجار في دار غيره على طريق الوجوب إلا الشفعة .

١٦٧٣٠ - ويدل عليه حديث عبد الملك بن أبي سليمان [٤] عن عطاء بن أبي رباح عن جابر ﷺ قال : قال : رسول الله ﷺ : « الجار أحق بشفعة جاره وإن كان غائبًا انتظر إذا كان طريقهما واحدًا » [٥] . وهذا يدل على وجوب الشفعة بالطريق والجوار .

= التابعي أو تابع التابعي فمن بعده . ثم اختلف الأصوليون في حجية الحديث المرسل على مذاهب : الأول : ذهب الجمهور ومنهم الإمام أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأحمد في إحدى الروايتين إلى أنه حجة مطلقًا ، والثاني : ذهب فريق آخر ومن بينهم الشافعي إلى أنه ليس بحجة ، فنص على أنه لا يقبل إلا بأحد أمور خمسة : ١ - أن يسنده غيره ٢ - أن يرسله آخر ويعلم أن شيوخهما مختلفان ٣ - أن يعضده قول الصحابي ٤ - أن يعضده قول أكثر أهل العلم ٥ - أن يعلم من حاله أنه لا يرسل إلا بروايته عن عدل ، واختاره ابن الحاجب . وإن كان الراوي من أئمة نقل الحديث قبل ، وإلا فلا كإرسال ابن المسيب والشعبي وإبراهيم النخعي . انظر : الرسالة للشافعي ص١٩٨ - ١٩٩ ، البحر المحيط (٣٣٨/٦) ، تيسير التحرير (١٠٢/٣) ، المسودة ص١٠٢ ، مختصر المنتهى (٧٤/٢) ، كشف الأسرار ٣٢ ص٤٢ .

(١) مسند الإمام أحمد بن حنبل (١٨/٥) .

(٢) الحاوي (٢٣٠/٧) قال الماوردي وهو في صدد الجواب على أدلة الحنفية : أما الجواب عن قوله : « الجار أحق بصقبه » فمن وجهين ١ - أنه أبهم الحق فلم يصرح به ، فلم يجز أن يحمل على العموم لأن العموم مستعمل في المنطوق ، دون المضمر . ٢ - أنه محمول على أنه أحق بالفناء .

(٣) هذه الكلمة غير واضحة في جميع النسخ إلا أنه يفهم منها الشرح والمراد به شرح مختصر الكرخي للإمام أبي بكر أحمد بن علي الجصاص أو شرح مختصر الطحاوي أو شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن .

(٤) هو عبد الله بن أبي سليمان واسمه ميسرة أبو محمد ويقال أبو سليمان العزرمي الكوفي مولي فرازة هو أحد الأئمة ، روى عن أنس بن مالك وعطاء بن أبي رباح وسعيد بن جبير وأنس بن سيرين وغيرهم وروى عنه شعبة والثوري وابن المبارك ويحيى القطان وغيرهم . قال أبو زرعة الدمشقي : سمعت أحمد ويحيي يقولان عبد الملك بن أبي سليمان ثقة . توفي سنة ١٤٥هـ . انظر التاريخ الكبير (٤١٧/٥) ، تاريخ بغداد (٣٩٣/١٠) ، تهذيب التهذيب (٣٥٢/٦ - ٣٥٣) ، تهذيب الكمال (٣٢٢/٨ - ٣٢٩) .

(٥) أخرجه الترمذي في الجامع الصحيح (٦٤٢/٣) رقم ١٣٦٩ وقال أبو عيسى : هذا حديث غريب ولا نعلم أحدًا روي هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر ، ورواه أبو داود في سننه (٢٨٦/٣) رقم ٣٥١٨ ، ابن ماجه في سننه (٨٣٣/٢) كتاب الشفعة ، باب الشفعة بالجوار ، والدارمي في سننه كتاب البيوع (٢٧٧/٢) وأحمد بن حنبل في مسنده (٣٠٣/٣) ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٢٠/٤) . قال صاحب بلوغ المرام : رواه أحمد والأربعة ورجاله ثقات ، قال الصنعاني : أحسن المصنف بتوثيق رجاله وعدم =

١٦٧٣١ - فإن قيل : عبد الملك العرزمي تكلم فيه أصحاب الحديث [١] وتوقف عنه شعبة [٢] ، قال يحيى بن سعيد القطان [٣] : لو روى عبد الملك حديثًا آخر مثل حديث الشفعة تركت الرواية عنه [٤] .

١٦٧٣٢ - قلنا : وثقه سفيان الثوري [٥] وأحمد بن حنبل وأخرج في

= إعلاله ، وإلا فإنهم قد تكلموا في هذه الرواية ؛ فإنه انفرد بزيادة قوله : إذا كان طريقهما واحدًا مع عبد الملك بن أبي سليمان العزرمي ، قلت : عبد الملك ثقة مأمون لا يضره إفراده ، كما عرف في الأصول وعلوم الحديث . قال ابن قيم الجوزية : هذا حديث صحيح فلا يرد . ويجيب على اعتراض الترمذي في كلام شعبة في عبد الملك : أن عبد الملك هذا حافظ ثقة صدوق ولم يتعرض له أحد بجرح البتة ، وأثنى عليه أئمة زمانه ومن بعدهم . وإنما أنكر عليه من أنكر هذا الحديث ظنًّا منهم أنه مخالف لرواية الزهري عن أبي سلمة عن جابر عن النبي ﷺ الشفعة فيما لم يقسم . . إلخ . فقال ابن القيم : إن حديث عبد الملك عن جابر لا يناقض حديث أبي سلمة عنه بل مفهومه يوافق منطوقه وسائر أحاديث جابر يصدق بعضها بعضًا . وذكر ابن حجر أنه قول الترمذي : سمعت محمد البخاري يقول : كلا الحديثين عندي صحيح كما صححه الإمام ابن حزم في المحلى . انظر سبل السلام (٩١٢/٣ - ٩١٣) ، وفتح الباري على صحيح البخاري (٣٤٣/٥) وأعلام الموقعين لابن قيم الجوزية (١٤٤/٢ - ١٤٥) والمحلى لابن حزم الأندلسي (١٠٤/٩) .

(١) في (ع) ، (م) : [أصحاب الشافعي] .

(٢) هو شعبة بن الحجاج بن الورد العتكي الأزدي البصري ولد سنة ٨٢هـ وتوفي سنة ١٦٠هـ وله ٧٧سنة وكان من سادات أهل زمانه حفظًا وإتقانًا وورعًا وفضلًا . روى عن خلق كثير ، وروى عنه أيضًا خلق كثير ، قال يحيى القطان : ما رأيت أحدًا قط أحسن حديثًا من شعبة . انظر تهذيب التهذيب (٢٩٧/٤ - ٣٠٢) ، تهذيب الكمال (٤٧٩/١٢ - ٤٩٥) .

(٣) هو الحافظ أبو سعيد يحيى بن سعيد بن فروخ القطان التميمي البصري الأحول . روى عن سليمان التيمي وهشام بن عروة وعكرمة بن عمار وابن جريج والأوزاعي ومالك وشعبة وسفيان الثوري وسفيان بن عيينة وغيرهم ، وروى عنه ابنه محمد ، وحفيده أحمد بن محمد ويحيى بن معين وابن أبي شيبة وأبو خيثمة وعبد الرحمن بن مهدي وخلق كثير . ولد في أول سنة ١٢٠هـ ومات سنة ١٩٨هـ ، كان من سادات أهل زمانه حفظًا وورعًا وفهمًا وعلمًا ، وهو الذي مهد لأهل العراق رسم الحديث وأمعن في البحث عن الثقات وترك الضعفاء . انظر العبر (٢٥٥/١) ، البداية والنهاية (٢٤٤/١٠) ، تهذيب التهذيب (١٩٠/١١ - ١٩٣) .

(٤) انظر هذه العبارة المذكورة في تاريخ بغداد (٣٩٥/١٠) والسنن الكبرى (١٠٧/٦) والحاوي الكبير (٢٣٠/٧) قال الخطيب البغدادي : سئل أبو زكريا يحيى بن معين عن حديث عطاء عن جابر عن النبي ﷺ في الشفعة قال : هذا حديث لم يحدث به أحد ، فقد أنكره عليه الناس ولكن عبد الملك ثقة صدوق لا يرد على مثله . قلت له : تكلم شعبة فيه ؟ قال : نعم ، قال شعبة : لو جاء عبد الملك بآخر مثل هذا الحديث لرميته بحديثه .

(٥) هو أبو عبد الله سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري الكوفي روى عن أبيه وأبي إسحاق الشيباني وحماد ابن أبي سليمان ومحارب بن دثار وغيرهم ، وروى عنه شعبة وابن معين وأبي عاصم وغيرهم ، وهو أمير =

الصحيح[١] عنه مسلم بن الحجاج ، وإنما تكلموا في عمه محمد بن عبد الله الفرزمي[٢] ذكره ابن مروان[٣] ، وقال سفيان : هو حافظ ثقة[٤] ، وإنما هو مذهب يحيى[٥] وشعبة ألا يقبلا ما انفرد الواحد حتى يرويه عنه فتوقفا في هذا الخبر لانفراده به ، مع روايتهما عنه وشهادتهما بحفظه ، ومتى قدحا بعلة فاسدة عند الفقهاء ، لم يلتفت إلى قدحهما ، ولو أسقطنا ما انفرد به الواحد سقط أكثر أحاديث الفقه .

١٦٧٣٣ - قالوا : فأنتم لا تقولون بالخبر ؛ لأن الجار تجب له الشفعة إذا كان غائبًا ،

= المؤمنين في الحديث ، ولد سنة ٩٧ هـ وتوفى بالبصرة سنة ١٦١هـ له من الكتب : كتاب الجامع الكبير ، وكتاب الجامع الصغير وكتاب الفرائض وغيرها . تهذيب التهذيب (٩٩/٤ - ١٠٢) ، الفهرست ص٣١٤ ، تهذيب الكمال (٣٢٨/١٨) . قال يعقوب بن سفيان : حدثنا أبو نعيم قال حدثنا سفيان أن عبد الملك بن أبي سليمان العرزمي ثقة متقن فقيه ، وقال في موضع آخر : عبد الملك بن أبي سليمان فزاري ثقة بل هو من حفاظ الناس عند سفيان الثوري . انظر سير أعلام النبلاء (١٠٧/٦) ، تهذيب الكمال (٣٢٨/١٨) .

(١) انظر كتاب رجال صحيح مسلم لأبي بكر بن منجويه (٤٣٥/١) .

(٢) هو أبو عبد الرحمن محمد بن عبيد الله بن أبي سليمان الفزازي الكوفي العرزمي ابن أخ عبد الملك بن أبي سليمان . روى عن عطاء بن أبي رباح وعطية العوفي ومكحول ونافع وغيرهم . وروى عنه ابنه عبد الرحمن وشعبة والثوري وشريك وأبو الأحوص وغيرهم . قال عبد الله بن أحمد عن أبيه : ترك الناس حديثه ، وقال ابن معين : ليس بشيء ولا يكتب حديثه ، قال وكيع : كان العرزمي رجلًا صالحًا ذهبت كتبه ، فكان يحدث للحفظ فمن ذلك أتي بالمناكير . وقال الدارقطني : هو ضعيف الحديث ، قال الخطيب : أساء شعبة في اختياره لمحمد وتركه عبد الملك ؛ لأن محمد بن عبيد الله لم يختلف أئمة الحديث في ذهاب حديثه وسقوط روايته ، توفي في خلافه أبي جعفر المنصور ، كأنه مات سنة ١٥٥هـ . تهذيب التهذيب ٢٨٧/٩ وتهذيب الكمال (٤١/٢٦ - ٤٤) ميزان الاعتدال في نقد الرجال (٦٣٥/٣ - ٦٣٧) والتاريخ الكبير (١٧١/١) يلاحظ وما قاله الإمام القدوري محل نظر ؛ لأن الذي تكلموا فيه هو محمد بن عبيد الله ابن أخ عبد الملك وليس عمه كما ذكر الإمام القدوري في تجريده .

(٣) هو الإمام الحافظ أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الرحمن بن عبد الملك القرشي المعروف بابن مروان ، سمع من ربيع المرادي ومحمد بن عبد الحكم ويونس بن عبد الأعلم وغيرهم ، وحدث عنه خلق كثير ، ومات في رجب سنة ٣١٩هـ . انظر سير أعلام النبلاء (٦٢/١٥) مختصر تاريخ دمشق (٧٥/٤) وتذكره الحفاظ (٨٠٥/٣) والعبر (٤/٢) ، شذرات الذهب (٢٨١/٢) .

(٤) روى عبد الله بن مبارك عن سفيان الثوري قال : حفاظ الناس إسماعيل بن أبي خالد وعبد الملك بن أبي سليمان ويحى بن سعيد الأنصاري . انظر سير أعلام النبلاء (١٠٧/٦) .

(٥) طعن شعبة في عبد الملك بنسبة هذا الحديث إليه لا يقدح فيه فإنه ثقة ، وشعبة لم يكن من الحذاق في الفقه فيجمع بين الأحاديث إذا ظهر تعارضها ، وإنما كان حافظًا ، وغير شعبة إنما طعن فيه تبعًا لشعبة ، وقد احتج بعبد الملك مسلم في صحيحه واستشهد به البخاري . البناية على الهداية (٤٥٥/٨) .

وإن لم يكن طريقهما واحدًا ؟ .

١٦٧٣٤ - قلنا : تعليق الحكم بالشرط لا يدل على نفي ما عداه ، وبهذا ورد القرآن في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا ﴾ [١] .

١٦٧٣٥ - ويدل عليه ما روى [أبو] رافع بن خديج [٢] ﷺ أن النبي ﷺ قال : « الجار أحق بصقبه ما كان » [٣] وروى عمرو بن شريك [٤] ....

---

(١) سورة النور : الآية ٣٣ .

(٢) في جميع النسخ : رافع بن خديج ، والصواب أنه أبو رافع كما جاء في كتب السنة . وترجمة رافع بن خديج أنه هو رافع بن خديج الأنصاري الأوسي الصحابي الجليل ، كان عريف قومه بالمدينة وشهد أحدًا والخندق وله ٧٨ حديثًا ، توفي بالمدينة متأثرًا من جراحة له سنة ٧٤هـ . انظر الإصابة (٤٣٦/٢) والاستيعاب (٤٧٩/١) والأعلام (١٢/٣) وشذرات الذهب (٨٢/١) . أما أبو رافع : فهو أبو رافع القطبي مولي رسول الله ﷺ يقال اسمه إبراهيم : قيل : كان مولي العباس بن عبد المطلب فوهبه للنبي ﷺ فأعتقه لما بشر بإسلام العباس بن عبد المطلب ، كان إسلامه قبل بدر ولم يشهدها ، وشهد أحدًا وما بعدها ، روى عن النبي ﷺ وعن عبد الله بن مسعود . وروى عنه أولاده رافع والحسن وعبيد الله والمغيرة وأحفاده الحسن وصالح وعبيد الله وعطاء ابن يسار وعمرو بن شريد وآخرون قال الواقدي : مات أبو رافع بالمدينة قبل عثمان بيسير أو بعده ، وقال ابن حبان : مات في خلافة على بن أبي طالب وهو الصواب . انظر الإصابة (١٣٤/٧ - ١٣٥) ط دار النهضة ، أسد الغابة (١٠٦/٦ - ١٠٧) .

(٣) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه كتاب الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم ، وإذا وقعت الحدود فلا شفعة (١١٥/٣) وروي أبو داود في سننه (٢٨٦/٣) رقم ٣٥١٦ كتاب البيوع باب الشفعة عن عمرو بن شريد عن أبي رافع . وأخرجه الدارقطني في سننه : كتاب الأقضية والأحكام (٢٢٢/٤ - ٢٢٣) والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٥/٦) وأحمد بن حنبل في مسنده (٣٨٩/٥) وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب البيوع والأقضية (١٦٤/٧ - ١٦٥) رقم ٢٧٦١ وأبو يوسف في كتاب الآثار عن أبي رافع ص١٦٧ رقم ٧٦٧ والإمام أبو حنيفة في مسنده برواية الإمام الحصكفي ص٢٦ كتاب الشفعة ط المطبعة النموذجية . السقب بالسين والصاد في الأصل القرب يقال : سقبت الدار وأصقبت إذا قربت . انظر لسان العرب (٢٠٣٦/٣) مادة سقب ، وانظر هذا الدليل في المبسوط (٩٠/١٤ - ٩١) وتبيين الحقائق (٢٣٨/٥) ، قال السرخسي : روي هذا الحديث بالسين والمراد القرب بالصاد ، والمراد الأخذ والانتزاع يعني لما جعله الشرع أحق بالأخذ بعد البيع فهو أحق بالعرض قبل البيع أيضًا . وهو دليل لنا أن الشفعة تستحق بالجوار ؛ لأنه ذكر اسمًا مشتقًا من معنى ، والحكم متى علق باسم مشتق فذلك المعنى هو الموجب للحكم خصوصًا إذا كان مؤثرًا فيه ، كما في قوله تعالى : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ﴾ من الآية ٣٨ سورة المائدة .

(٤) هكذا في جميع النسخ ، والصواب هو عمرو بن شريد بالدال المهملة . كما ذكر في كتب الأحاديث . وهو أبو الوليد عمرو بن الشريد بن سويد الثقفي الطائفي ، روى عن أبيه شريد وأبي رافع مولي النبي ﷺ وصالح بن دينار وغيرهم . قال العجلي : تابعي ثقة . انظر كتاب التاريخ الكبير (٣٤٣/٦) وتهذيب الكمال =

عن أبيه شريك [١] أن النبي ﷺ قال : « الجار أحق بسقبه » .

١٦٧٣٦ - قيل : يا رسول الله ما سقبه ؟ قال : « شفعته » [٢] .

١٦٧٣٧ - وروى ابن [٣] عمرو بن شعيب عن عمرو بن شريك [٤] عن أبيه قال : قلت : يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قَسْمٌ ، غير أن جدارنا واحد يعني فقال رسول الله ﷺ « الجار أحق بسقبه » [٥] .

١٦٧٣٨ - قالوا : حق مجمل لأنه لم يبين الحكم الذى هو أحق ، فيحتمل أحق بالعرض عليه [٦] .

١٦٧٣٩ - قلنا : هذا قد بينه شريك [٧] في خبره حتى قيل : يا رسول الله ما سقبه ؟ قال : « شفعته » . فهذا يدل على أن الحكم المذكور هو الشفعة [لا العرض] [٨] على أن « أحق » تقتضي الوجوب ، والعرض مستحب ، ونحن نستعمله على ظاهره في الوجوب ، وعلى أنه عليه الصلاة والسلام أحق بما قرب منه ، وعندهم أحق بعرض ما

= (٦٣/٢٢ - ٦٤) تهذيب التهذيب (٤٣/٨) وتاريخ الثقات للعجلي (٤٣/٨) .

(١) هكذا في جميع النسخ ، والصواب عن أبيه الشريد كما تقدم . وهو الشريد بن سويد الثقفي له صحبة . روى عن النبي ﷺ ، وروى عنه ابنه عمرو وعمرو بن نافع الثقفي الطائفي وغيرهما ومات في خلافة يزيد بن معاوية سنة ٦٨هـ قال أبو نعيم : أردفه النبي ﷺ وراءه ، وقيل اسمه مالك وفد على النبي ﷺ فسماه الشريد وشهد بيعة الرضوان ، قال البغوي سكن الطائف والمدينة وله أحاديث . انظر تهذيب الكمال (٤٥٨/١٢ - ٤٥٩) وتهذيب التهذيب (٢٩٢/٤) والإصابة (٤٤٠/٣ - ٤٤١) والتاريخ الكبير (٢٥٩/٤) والاستيعاب (٧٠٨/٢) .

(٢) أخرجه النسائي في سننه كتاب الشفعة عن عمرو بن شريد عن أبي رافع قال : قال رسول الله ﷺ : « الجار أحق بسقبه » أن رجلاً قال : يا رسول الله ، أرضي ليس لأحد فيها شركة ولا قسمة إلا الجوار ، فقال رسول الله ﷺ : « الجار أحق بسبقه » . انظر سنن النسائي (٣٢٠/٧) رقم ٤٧٠٢ - ٤٧٠٣ ونصب الراية في أحاديث الهداية (٤٢١/٥) .

(٣) هكذا في جميع النسخ الثلاثة والصواب عن لأن الراوي هو عمرو بن شعيب وليس ابن عمرو بن شعيب كما في (ن) .

(٤) هكذا في جميع النسخ ، والصواب أن يكون (الشريد) كما تقدم .

(٥) انظر سنن النسائي كتاب الشفعة وأحكامها (٣٢٠/٧) فقد روي أن أبا رافع كان جارًا لسعد بن أبي وقاص ولم يكن شريكًا له ؛ لأنه كان يملك شقصًا شائعًا من منزل سعد . انظر سبل السلام (٩١٢/٣) ، فتح الباري (٣٤٤/٥) .

(٦) انظر الحاوي الكبير (٢٣٠/٧) . (٧) هكذا في جميع النسخ والصواب الشريد كما سبق .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

قرب منه ، ومتى استعمل اللفظ بغير حذف (١) كان أولى .

١٦٧٤٠ - قالوا : الجار يُعبر به عن الشريك والحادث والناصر والحليف والزوجة لاشتراكهما في العقد ، الدليل عليه أن : حمل بن مالك (٢) قال : كنت] (٣) بين جارتين] (٤) يعنى زوجتين (٥) قال : الأعشى (٦) : يا جارتي بيني فإنك طالق (٧) .

١٦٧٤١ - قلنا : هذا غلط ، لأن في الحديث ما يمنع منه ، وهو قوله : أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم غير أن جدارنا ، وهذا خاص في الجار ، ثم هو غلط في اللغة ، قال ابن درستويه (٨) .

١٦٧٤٢ - وهذا ظاهر العصبية للشافعى ، والجار من جاورك في المسجد ومن

---

(١) في (ع) ، (م) : [حدث] .

(٢) هو حمل بن مالك بن النابغة الهذيلي أبو فضلة ، له صحبة ، روى عن النبي ﷺ في قصة الجنين ، وليس له عندهم غيره ، وروى عنه عبد الله بن عباس ، وذكر أبو ذر الهروي في مستدركه أن عمر بن الخطاب روي عنه أيضًا ، نزل البصرة وله بها دار ، وعاش إلى خلافة عمر . قيل : إنه قتل في عهد النبي ﷺ ، وقال ابن حجر : إنه من الأوهام . انظر التاريخ الكبير (١٠٨/٣) وتهذيب الكمال (٣٤٩/٧) وتهذيب التهذيب (٣٢/٣) والمدخل إلى السنن الكبرى للبيهقي ص٩٣ ط دار الخلفاء للكتاب الإسلامي .

(٣ ، ٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) روي عن ابن عباس عن عمر أنه سأل عن قضية النبي ﷺ في ذلك فقام حمل بن مالك بن نابغة فقال : كنت بين امرأتين فضربت إحداهما الأخري بمسطح فقتلتها وجنينها ، فقضي رسول الله ﷺ في جنينها بغرة وأن تقتل . أخرجه أبو داود في سننه كتاب الديات باب دية الجنين (١٩١/٤) رقم ٤٥٧٢ .

(٦) هو الأعشى الأكبر ، كنيته أبو بصير اسمه ميمون بن قيس بن جندل الأسدي اليماني المعروف بالأعشى الأكبر من شعراء الجاهلية ، وأحد أصحاب المعلقات ولد في قرية باليمامة ، أدرك الإسلام ولم يسلم ، وعمي في آخر عمره . توفي سنة ٧ من الهجرة له ديوان شعر مشهور . انظر هدية العارفين (٤٨٧/٦) ، معجم المؤلفين (٦٥/١٣) .

(٧) انظر هذا الحديث في ديوان الأعشى من بحر الكامل يخاطب زوجته بعد ما طلقها فقال :

يا جارتي بيني فإنك طالق ... كذلك أمور الناس غاد وطارقة
بيني فإن البين خير من العصا ... وإلا تزال فوق رأسك بارقة

انظر ديوان الأعشى ص١١٧ ط دار الكتب العلمية بيروت . انظر هذا الاعتراض في الحاوي الكبير (٢٣١/٧) .

(٨) هو أبو محمد عبد الله بن جعفر بن درستويه المرزبان الفارسي النحوي ، كان شديد الانتصار للبصريين ، ولد سنة ٢٥٨هـ وتوفي سنة ٣٤٧ من مؤلفاته : كتاب الإرشاد في النحو ، وشرح كتاب الجرمي ، وكتاب الجهاد ، وتصحيح الفصيح ، وغريب الحديث ، وأدب الكاتب ، والمذكر والمؤنث ، والمقصور والممدود ، والمعاني في القراءات . انظر بغية الوعاة (٣٦/٢) والبداية والنهاية (٢٣٣/١١) وشذرات الذهب (٣٧٥/٢) وسير اعلام النبلاء (٥٣١/١٥) تاريخ بغداد (٤٢٨/٩ - ٤٢٩) الفهرست ص٩٣ - ٩٤ .

استجارك في الأمر ، ومن هذا قيل للزوجة جارة ؛ لأنها تجاور زوجها في البيت [١] كما قال الأعشى :

• يا جارتي بيني فإنك طالق •

١٦٧٤٣ – وزعم الشافعي أن الجار هو الشريك ، واحتج بهذا البيت [٢] وهو غلط منه ، والعرب لا تسمي الشريك [٣] جارًا إلا إذا جاور في المنزل أو استجار ، وزوجة الرجل لا تكون جارة إلا إذا ساكنته ببلده أو قريته أو داره ، فسقط بهذا ما ادعوه على أن أكثر ما في هذا الباب أن اسم الجار يتناول الشريك والجار .

١٦٧٤٤ – والخبر يقتضي وجوب الشفعة لهما ، ومدعي التخصيص يحتاج إلى دلالة .

١٦٧٤٥ – ويدل عليه حديث أبي سعيد الخدري [٤] ﷺ أن النبي ﷺ قال : « الخليط أحق من الشفيع ، والشفيع أحق من غيره [٥] » .

١٦٧٤٦ – وهذا يدل على أن الشفعة تجب لغير الخليط ، وذكره محمد في الأصل .

١٦٧٤٧ – وقولهم [لفظه] [٦] متناقض ؛ لأن الخليط شفيع ، فكيف نقول الخليط أحق من الشفيع ؟

١٦٧٤٨ – قلنا : [تقديره : أن] [٧] الخليط أحق من الشفيع الذى لأجله يثبت له ، ولا يرد كلام رسول الله ﷺ إذا أمكن حمله على الصحة .

(١) انظر لسان العرب (٧٢٢/١ – ٧٢٣) والمصباح المنير (١٥٧/١ – ١٥٨) .
(٢) انظر الحاوي الكبير (٢٣١/٧) .   (٣) في (ع) ، (م) ، (ن) : [الصديق] .
(٤) هو الصحابي الجليل أبو سعيد سعد بن مالك بن سنان بن عبيد بن ثعلبة الخدري استصغر بأحد واستشهد أبوه فيها وغزا ما بعدها من المشاهد ، وروى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وغيرهم ، وروى عنه ابن عباس وابن عمر وجابر وغيرهم ، له ١٧٠ حديثًا وأول مشاهده الخندق . توفي يوم الجمعة سنة ٧٤هـ ودفن بالبقيع . انظر الإصابة (٥٣/٢) وأسد الغابة (٢١٣/٢) والاستيعاب (٦٠٢/٢) .
(٥) انظر نصيب الراية مع الهداية بعناية أيمن صالح شعبان (٤٢٣/٥) قال الزيلعي : حديث غريب وقال إن حديثه لا يعرف ، وإنما المعروف ما رواه سعيد بن منصور عن عبد الله بن المبارك عن هشام بن المغيرة الثقفي قال : قال الشعبي : قال رسول الله ﷺ : « الشفيع أولى من الجار ، والجار أولى من الجنب » وفي مصنف عبد الرزاق (٧٨/٨) رقم ١٤٣٨ قال : أخبرنا معمر عن أيوب عن الشعبي وابن سيرين عن شريح قال : الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق ممن سواء ، وكذلك روى ابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٧/٧) عن معاوية عن عاصم عن الشعبي عن شريح برقم ٢٧٦٧ ، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٢٦٦/٢) .
(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) وفي (ص) : [لعله] والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .
(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

١٦٧٤٩ - ويدل عليه أنه سبب يملك به الثمن ، فلا يختص بالمبتاع [1] ، وجاز أن يملك به ابتداء ، ما لم يعلم فيه إشاعة ، أصله البيع .

١٦٧٥٠ - ولا يلزم القيمة ؛ لأنها لا تملك بها ابتداء .

١٦٧٥١ - فإن قالوا : نقول بموجبه إذا بيع الشقص فقسم القاضي على الشريك الغائب ثم حضر أخذ بالشفعة النصيب المقسوم .

١٦٧٥٢ - قلنا : قد علمنا المشاع فيما قبل القسمة ، ولأن كل سبب جاز أن يملك به بعض الدار ابتداء جاز أن يملك به جميعها أصله البيع والصلح [2] .

١٦٧٥٣ - ولا يلزم القسمة ؛ لأنها لا يملك بها ابتداء ، ولأنه قد يملك بالقسمة جميع الدار إذا قسم الدار [3] بعضه في بعض بالتراضي .

١٦٧٥٤ - ولأنه سبب لنقل الملك فلا يختص بالمشاع كالبيع .

١٦٧٥٥ - ولا يلزم القيمة ؛ لأنها لا تنقل الملك ، وإنما وضعت [4] ليتميز أحد الملكين من الآخر

١٦٧٥٦ - ولأن الجار يستحب عرض الملك عليه عند البيع ، فوجب أن يستحق الشفعة كالشريك [5] ، ولأنه يخاف التأذي على وجه الدوام ، فوجب أن يستحق الشفعة بسبب ملكه كالشريك .

١٦٧٥٧ - فإن قيل : إن أردتم التأذي بالباطل ، فهذا موجود في المحاذي ، وإن أردتم التأذي بالحق فذاك معنى واجب فلا نريد به التأذي بالمضاربة فيما يجوز للجار أن يسامح له ، ويجوز له أن يمنع منه ، كوضع الخشبة على الحائط والمنع من التعلية .

١٦٧٥٨ - فإن قيل : يبطل بالموصى له بالسكنى أبدًا .

---

(١) في (ن) : [بالمشاع] .

(٢) الصلح لغة : من المصالحة أي المسالمة وهي خلاف المخاصمة ، وقد صالح فلانًا وتصالح القوم بينهم وقد اصطلحوا وصالحوا ، وقوم صلوح متصالحون ، كأنهم وصفوا بالمصدر وفي الاصطلاح : عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم . انظر لسان العرب (٢٤٧٩/٤) مادة صلح وطلبة الطلبة ص٢٩٤ ، المصباح المنير (٤٧٢/١) . والاختيار لتعليل المختار (٢٣٨/٢) .

(٣) في (ع) ، (م) ، (ن) : [العقار] وكلاهما صواب .

(٤) هكذا في (ع) وفي باقي النسخ وصفت والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٥) انظر المبسوط (٩١/١٤) .

١٦٧٥٩ - قلنا : لا يخاف التأذي به على وجه الدوام ؛ لأن حقه يسقط بموته .

١٦٧٦٠ - ولا يلزم الهبة والخلع ، لأنا عللنا أن هذا الضرر من الضرر الذي يستحق به الشفعة ولم يتعلق بالأسباب التي [1] [لا] يتعلق بها .

١٦٧٦١ - فإن قيل : يبطل بالوقف .

١٦٧٦٢ - قلنا : ذكرنا أنه يستحق بسبب ملكه ، ولا ملك له .

١٦٧٦٣ - فإن قيل : المعنى في الشريك [أن التأذي بالشركة لا يزول إلا بالشفعة والتأذي بالجوار يرتفع بالسلطان .

١٦٧٦٤ - قلنا : إذا فسرنا الضرر بما حددنا لم يرتفع ذلك الضرر بالسلطان .

١٦٧٦٥ - فإن قيل : المعنى في الشريك] [2] الضرر الذي في الشركة من اشتراك الأيدي ، ودخول كل واحد منهما إلى ملك صاحبه ، وما يلزمهما من مؤنة المقاسمة في النماء والغلة والثمرة .

١٦٧٦٦ - قلنا : هذا تعليل لعلتنا وزيادة أوصاف ولا يصح . ولأن هذه العلة تقتضي تساوي الشريك والجار في الضرر ، ولإثبات مزية في الشركة وهذا يوجب تقديم حق الشريك وأما اختصاصه مع المشاركة في الضرر فلا .

١٦٧٦٧ - فأما اعتبار أجرة القسام فلا يصح ؛ لأن الشفعة لو وجبت لذلك لم يختص العقار .

١٦٧٦٨ - لأن الأجرة تلزمه في كل ملك مشترك .

١٦٧٦٩ - ولأن الأجرة تلزم بالمطالبة عندنا [3] ؛ فلا نسلم أن من لم يطالب يستضر . ويدل عليه أن كل شركة تفضي إلى مجاورة تتعلق بها الشفعة ، وهي الشركة في العقار ، وكل شركة لا تفضي إلى مجاورة لا تتعلق بها الشفعة .

١٦٧٧٠ - فدل على أن تأثير المجاورة في الشفعة ؛ فوجب أن يتعلق بها .

١٦٧٧١ - فإن قيل : هذا يقتضي أن يكون الجار أولى من الشريك ، لأن العلة إذا وجدت فحكمها أقوى منها قبل وجودها .

---

(١) هكذا في (م) وفي باقي النسخ لأسباب الذي وقد زدنا ما بين المعكوفتين للسياق . والصواب ما أثبتناه كما في (م) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٣) انظر تبيين الحقائق (٥/٢٤٠) .

١٦٧٧٢ - قلنا : لا يمتنع أن تكون المجاورة أقوى ، ويتقدم غيرُها ، كما أن النسب أقوى في استحقاق الميراث من الزوجية على السبب [١] .

١٦٧٧٣ - فإن قيل : إذا كانت الدار بين جماعة فكل واحد منهم شفيع ، وشركته لا تفضي إلى المجاورة ؛ لأنها إذا قسمت حال نصيب كل واحد بين اثنين .

١٦٧٧٤ - قلنا : جواز المجاورة موجودة قبل القسمة فأثرت هذه العلة لتجويز وجودها .

١٦٧٧٥ - وهذا يدل على ما عداها .

١٦٧٧٦ - احتجوا : بما روى مالك [٢] عن الزهري عن سعيد بن المسيب [٣] وأبي سلمة [٤] ﷺ عن رسول الله ﷺ أنه قال : « الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » [٥] .

---

(١) في (ع) ، (م) : [كما أن المسيب أقوي في استحقاق الميراث من الزوجية على المسيب] .

(٢) هو الإمام أبو عبد الله مالك بن أنس بن مالك الأصبحي نسبة إلى بطن من حمير يقال له ذو أصبح الفقيه المدني إمام دار الهجرة . ولد سنة ٩٣هـ وسمع نافعا والزهري وطبقتهما ، له من الكتب كتاب الموطأ ورسالته إلى الرشيد رواها أبو بكر بن عبد العزيز من ولد عمر بن الخطاب توفي ﷺ سنة ١٧٩ في ١٤ ربيع الأول في خلافة هارون الرشيد ودفن بالبقيع . انظر الديباج المذهب (٦٣/١) وشذرات الذهب (٢٩٨/١) والعبر (٢١٠/١ - ٢١١) ومرآة الجنان (٣٧٣/١ - ٣٧٤) والفهرست (٢٨١ ٥/١٠ - ٨) .

(٣) هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب القرشي المخزومي التابعي الكبير . روى عن أبي بن كعب وأنس بن مالك وجابر وحسان وزيد وسعد بن أبي وقاص وصهيب وعبد الله بن عمرو بن العاص وعثمان وعلي وأبي ذر الغفاري وأبي سعيد الخدري وغيرهم ، وروى عنه خلق كثير منهم زيد بن أسلم وأبو الزناد وابنه محمد ومحمد بن شهاب الزهري ، قال الواقدي : مات سنة ٩٤هـ وهو ابن ٧٥ سنة . وقال أبو نعيم : مات سنة ٩٣هـ كان من أفقه التابعين . انظر سير أعلام النبلاء (٢١٧/٤ - ٢٤٦) وتهذيب الكمال (٦٦/١١ - ٧٥) ، تهذيب التهذيب (٧٤/٤ - ٧٧) .

(٤) هو التابعي الكبير أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف القرشي الزهري المدني قيل : اسمه عبد الله ، وقيل : إسماعيل ، وقيل : اسمه كنيته . روى عن أسامة بن زيد وأنس بن مالك وجابر بن عبد الله وحسان بن ثابت ورافع بن خديج وزيد بن ثابت والشريد بن سويد وعبد الله ابن عباس وأبيه عبد الرحمن وغيرهم . وروى عنه أبو الزناد وعروة بن الزبير ومحمد بن مسلم بن الشهاب الزهري وغيرهم . كان ثقة فقيهًا كثير الحديث توفي سنة ٩٤ بالمدينة وهو ابن ٧٢ سنة وقيل غير ذلك في تاريخ وفاته . انظر تهذيب التهذيب (٢١٤/٤) ، العبر (١١٢/١) ، البداية والنهاية (١١٦/٩) . وسير أعلام النبلاء (٢٨٧/٤ - ٢٩٢) .

(٥) روى الإمام مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف : أن رسول الله ﷺ قضى فيما لم يقسم بين الشركاء فإذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه . انظر الموطأ للإمام مالك (٣١٧/٢) كتاب الشفعة ، باب ما تقع فيه الشفعة ، والبخاري في الصحيح (١١٤/٣) كتاب =

١٦٧٧٧ - ورواه عاصم النبيل [١] عن مالك بسند : عن أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ [٢] .

١٦٧٧٨ - وروى الترمذي عن أبي سلمة عن جابر قال : إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة [٣] .

وروى ابن جريج [٤] عن أبي الزبير [٥] عن جابر أنه قال : قضى رسول الله ﷺ

= الشفعة والشافعي في مسنده (١٦٤/٢) رقم ٥٧١ كتاب الشفعة والبيهقي في السنن الكبرى (١٠٣/٦) كتاب الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم ، فقال : هكذا رواه مالك بن أنس في الموطأ مرسلًا ، وقد روى ذلك عنه من أوجه آخر موصولًا بذكر أبي هريرة فقال : حدثنا مالك عن الزهري عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة ابن عبد الرحمن عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » . انظر أيضًا التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لابن عبد البر (٣٨/٧) تحقيق عبد الله بن الصديق مؤسسة القرطبة . وانظر هذا الدليل في بداية المجتهد) ٢٥٦/٢) والحاوي الكبير (٢٢٦/٧ - ٢٢٨) والمهذب (٣٧٧/١) والمغني مع الشرح الكبير (٤٦٢/٥) .

(١) هو أبو عاصم الضحاك بن مخلد بن الضحاك الشيباني النبيل البصري . ولد سنة ١٢٢هـ وروى عن يزيد بن أبي عبيد وجعفر الصادق وشعبة والأوزعي وسفيان ومالك وخلق كثير ، وروى عنه البخاري وإسحاق بن راهويه وغيرهما ، قال يحيي بن معين : ثقة . وقال العجلي : أيضًا : إنه ثقة كثير الحديث له فقه . توفي سنة ٢١٢هـ . انظر تهذيب الكمال (٢٨١/١٣) وتهذيب التهذيب (٣٩٥/٤ - ٣٩٧) وسير أعلام النبلاء (٤٨٠/٩) .

(٢) السنن الكبرى (١٠٣/٦ - ١٠٤) والتمهيد (٣٩/٧) .

(٣) الجامع الصحيح للترمذي (٦٤٤/٣) رقم ١٣٧٠ كتاب الشفعة باب ما جاء إذا حدت الحدود ووقعت السهام فلا شفعة . عن الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن جابر بن عبد الله قال أبو عيسى : هذا حديث حسن صحيح .

(٤) هو عبد الملك بن عبد العزيز بن جريج القرشي الأموي ، روى عنه أبان بن صالح البصري وإسماعيل ابن محمد بن سعد بن أبي وقاص وجعفر الصادق ، وحدث عن عطاء وعن أبي مليكة ونافع وطاووس والزهري وعبيد الله بن أبي يزيد ، وروى عنه الأوزاعي والليث والسفيانان ويحيى بن سعيد القطان والحسن البصري وسالم بن نوح وغيرهم . مات على الراجح سنة ١٥٠هـ وهو أول من دون العلم بمكة . عاش سبعين سنة . تهذيب الكمال (٣٣٨/١٨ - ٣٥٤) وسير أعلام النبلاء (٣٢٥/٦ - ٣٣٦) ، تهذيب التهذيب (٣٥٧/٦ - ٣٦٠) .

(٥) هو أبو الزبير محمد بن مسلم بن تدرس القرشي الأسدي المكي روى عن جابر بن عبد الله وسعيد بن جبير وطاووس بن كيسان وعبد الله بن الزبير وعبد الله بن عمرو بن العاص وغيرهم ، وروى عنه عطاء والزهري وهشام بن عروة وشعبة والسفيانان والليث ومالك وغيرهم ، قال يحيى بن معين والنسائي وجماعة : إنه ثقة ، وقال أبو زرعة الدمشقي وأبو حاتم الرازي والبخاري : لا يحتج به ، مات سنة ١٢٨هـ . انظر تهذيب الكمال (٤٠٢/٢٦ - ٤١١) وسير أعلام النبلاء (٣٨٠/٥ - ٣٨٦) ، تهذيب التهذيب (٣٩٠/٩) .

بالشفعة في كل شرك لم يقسم : ربعةٌ ، أو حائطًا لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه ؛ فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به [١] .

١٦٧٧٩ - قالوا : والاحتجاج بالخبر أنه ذكر الألف واللام ، وهما للعهد أو للجنس ، ولا عهد فلم يبق إلا الجنس .

١٦٧٨٠ - والثاني : دليل الخطاب ، لأن العقد مقسوم وغير مقسوم ، فإذا علق الحكم بإحدى صفتيه دل على نفي ما عداها .

١٦٧٨١ - قالوا : وآخر الخبر دليل ، لأنه قال : فإذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وهذا يقتضي نفي الشفعة في المقسوم [٢] .

١٦٧٨٢ - الجواب : أما حديث مالك الذي ابتدأوا به فهو خبر الموطأ [٣] . ولفظه : «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم» [٤] . وخبر جابر ذكره أبو داود وذكر فيه : قضى رسول الله ﷺ] [٥] وهذا يقتضي الفعل ولا عموم لفعله حتى يستدل به . وإنما بين أنه حكم بالشفعة فيما لم يقسم وحكمه بالشيء لا يدل على تخصيص الحكم بما قضى فيه .

١٦٧٨٣ - وقد يستعمل قضى بمعنى أمر [٦] ، لأن اللفظ إذا احتمل الأمرين يسقط

---

(١) رواه الإمام مسلم في صحيحه عن ابن جريج عن أبي الزبيرعن جابر ، قال : قضي رسول الله ﷺ : إلى آخر الحديث في كتاب المساقاة باب الشفعة (١٢٢٩/٣) وأبو داود في سننه كتاب البيوع باب الشفعة (٢٨٥/٣) رقم ٣٥١٣ والإمام البيهقي في السنن الكبرى (١٠٤/٦) وعبد الرزاق في مصنفه (٨٢/٨) كتاب البيوع باب الشفيع يأذن قبل البيع رقم ١٤٤٠٣ وابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٨/٧) كتاب البيوع والأقضية

(٢) انظر الحاوي الكبير (٢٢٨/٧ - ٢٢٩) .

(٣) هو كتاب الموطأ للإمام مالك كتاب قديم ومشهور قصد جمع الصحيح من الأحاديث لكن لا على اصطلاح أهل الحديث ؛ لأنه يروى المراسيل ، وقد قام كثير من العلماء بشرحه وتلخيصه ، قال ابن حزم : هو كتاب في الفقه والحديث ولا أعلم نظيره . انظر كشف الظنون (١٩٠٧/٢ - ١٩٠٨) .

(٤) انظر كتاب الموطأ (٧١٣/٢) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . انظر سنن أبي داود (٢٨٥/٣) رقم ٣٥١٣ - ٣٥١٤ ، وهما عن جابر بن عبد الله الأول قال : قال رسول الله ﷺ : «الشفعة في كل شرك ربعة أو حائط . . الخ» والثاني : قال : إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة .

(٦) القضاء يأتي لمعانٍ كثيرة ومنها الحكم ، والجمع أقضية ، قال الزهري : القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقطاع الشيء وتمامه ، وكل ما أحكم عمله أو أتم أو ختم أو أدى أداء أو أوجب أو مضي فإن القضاء يأتي بمعنى الخلق لقوله تعالى ﴿ فَقَضَىٰهُنَّ سَبْعَ سَمَٰوَاتٍ فِي يَوْمَيْنِ ﴾ من سورة فصلت من الآية ١٢ أي خلقهن . والقضاء يأتي بمعنى العمل لقوله تعالى في سورة طه : ﴿ فَٱقْضِ مَآ أَنتَ قَاضٍ ﴾ الآية ٧٢ أي فاعمل =

التعلق به فلم يكن لهم واحد من الخبرين حجة ، لا من حيث اللفظ ، ولا من حيث الدليل . لأن الفعل لا دليل له ، وأما آخر الخبر وهو قوله : فإذا وقعت الحدود فلا شفعة فليس من كلام النبي ﷺ ؛ لأن الرجل حكى أنه فعل القضاء ، وهذا إخبار عن حكم ماض .

١٦٧٨٤ - وقوله : فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق ، بيان حكم مستقل ، ولا يكون معطوفًا على الأول ، فتعين أن يكون قول واحد من الرواة ، فلا يُحْتَجّ به [١] .

١٦٧٨٥ - ولأن القول لايعطف على الفعل ، فأما الذى ادعوه من قوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة فيما لم يقسم » لم يدخل في واحد من الخبرين .

١٦٧٨٦ - ولا يلزم الكلام عليه أنه يجوز ثبوته غير مقسوم [٢] اقتضى وجوب الشفعة للجار فيما لم يقسم ، وإذا باع الرجل بعض داره وجبت الشفعة لجاره فيما باعه وهو غير مقسوم ؛ فصار الخبر دليلًا عليهم من هذا الوجه .

١٦٧٨٧ - فإن قيل : الشفعة فيما لم يقسم أراد به الشريك .

١٦٧٨٨ - قلنا : هذا تخصيص بغير دليل .

١٦٧٨٩ - قالوا : قد بين ذلك بقوله : لا يحل أن يبيعه حتى يوجد شريكه ، وبينه

= ما أنت عامل . والقضاء يأتي بمعنى الأمر أيضًا لقوله تعالى : ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ ﴾ أي أمر ربك . وقد يكون بمعنى الفراغ تقول : قضيت حاجتي وقضيت ديني ، وقد يأتي بمعنى العهد كقوله تعالى في سورة الإسراء : ﴿ وَقَضَيْنَآ إِلَىٰ بَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ فِى ٱلْكِتَٰبِ ﴾ الآية ٤ أي عهدنا وغير ذلك من المعاني . انظر لسان العرب (٣٦٦٥/٥) مادة قضى والمصباح المنير (٦٩٦/١) .

(١) نقل ابن القيم عن أبي بكر بن محمد بن عمر بن حزم عن عثمان بن عفان أن قوله : إذا وقعت الحدود في الأرض فلا شفعة فيها ، وهذا قول ابن العباس وقد نقل ابن حجر في تلخيص الحبير (٥٦/٣) وفي فتح الباري (٣٤٣/٥) حكاية عن أبي حاتم في العلل عن أبيه أنه قال : إن قوله (إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) من قول جابر ، والمرفوع إلى قوله ﷺ: « لم يقسم » ثم قال : فيه نظر ؛ لأن الأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه حتى يثبت الإدراج بدليل ، وقد نقل صالح بن أحمد عن أبيه أنه رجح رفعها ، وقال الإمام ابن حزم ردًا على من يقول بأنه قول الراوي : من عظيم إقدام المتاخرين في زمانهم وأديانهم وعند الله قول بعضهم في الثابت عن رسول الله ﷺ من قوله فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، إن هذا اللفظ ليس من كلام النبي ﷺ ، فليت شعري أين وجدوا هذا ومن أخبرهم ؟ والقوم قد رزقهم الله من استسهال الكذب في الدين حظًا وافرًا نعوذ بالله من مثله . انظر المحلى (١٠٤/٩) وأعلام الموقعين (١٤٦/٢) .

(٢) هكذا في (د) وفي باقي النسخ يثبت أما كلمه غير مقسوم ساقطة من (ص) ، (ع) ، (م) .

بآخر الخبر ؛ لأنه نفى الشفعة إذا وقعت الحدود (١) .

١٦٧٩٠ - قلنا : قد بينا أن الخبر إذا كان بيانًا لقضاه رسول الله ﷺ فيما بعد قول الراوي إما جابر أو من بعده ، فلا يختص به عموم اللفظ الذي رووه ، ثم إذا أوجبنا الشفعة بالخبر للجار إذا باع جاره نصف داره فليس هناك شريك حتى يحمل الخبر عليه .

١٦٧٩١ - وأما قولهم : قد نفى بآخر الخبر فسيجيء الكلام عليه .

١٦٧٩٢ - وجواب آخر : وهو أن جنس الشفعة عندنا يتعلق بما لم يقسم ؛ لأن الجار متى لم يكن بينهما طريق فالحد الفاصل بين الملكين مشترك بينهما ، فيجب للجار الشفعة في ذلك الجزء ، فكل من أوجبها في ذلك أوجبها في بقية الدار .

١٦٧٩٣ - فقد قلنا بموجب دعواهم وجعلنا خبر الشفعة / مختصًا بما لم يقسم . ١٩١/ب

١٦٧٩٤ - وأما دليل الخطاب (٢) فنحن لا نقول به ، ثم مخالفنا يسقط الشفعة في المقسوم من الدار بدليل الخطاب ، ومع (٣) ذلك الخبر الفاصل المشترك ، ونحن نوجب الشفعة من ذلك الخبر بنطق (٤) الخبر ونتبعه (٥) بقية الدار فتساوينا في ذلك بل نحن أولى ؛ لأنا احتججنا بالنطق المجمع على وجوب العمل به .

١٦٧٩٥ - وقالوا : بالدليل المختلف فيه ، فأما خبر الزهري عن أبي سلمة عن جابر قال : « إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم » .

١٦٧٩٦ - قالوا : [وإنما] للحصر وتحقيق ما يتناوله اللفظ ونفى ما عداه (٦) ، لقوله

---

(١) انظر المغني في الحاوي الكبير ٢٢٩/٧ .

(٢) وهو مفهوم الموافقة إذا كان موافقًا للمنطوق في الإيجاب والسلب ، كدلالة قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ ﴾ الآية ٢٣ من سورة الإسراء على تحريم ضرب الأبوين ؛ لأن الضرب أعظم من الأف ، فمن باب أولى أن يحرم الضرب ، ودلالة قوله تعالى : ﴿ أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ ﴾ من الآية ١٨٧ من سورة البقرة التي تدل على صحة الصوم جنبًا فيكون حجة ويسمى أيضًا فحوى الخطاب ، وتنبيه الخطاب ، ولحن الخطاب ، ومفهوم الموافقة . ودليل الخطاب : لأن الخطاب دل عليه . المنطوق : ما فهم من دلالة اللفظ في محل النطق . والمفهوم : ما فهم من دلالة اللفظ لا في محل النطق . انظر أصول السرخسي (٢٣٦/١ - ٢٤٨) ، الإحكام (٢٠٩/٢ - ٢٣٥) . التمهيد للأسنوي ص٢٤٠ - ٢٤١ ، إرشاد الفحول (٥٦/٢) .

(٣) في (ع) ، (م) : [مع] وهو الصواب أما في (ن) : [يتبع] .

(٤) في (ن) : [بالتعلق] .

(٥) هكذا في (ن) وفي باقي النسخ ويبعه .

(٦) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٢٩/٧) .

تعالى : ﴿ إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَٰحِدٌ ﴾ [١] معناه لا إله إلا الله .

١٦٧٩٧ - قلنا : إنا قد بينا أنه يدخل للتعظيم أو للتحقيق وهي لتأكيد المذكور ، وإنما لنفي ما سواه ، فلا يدلك عليه قوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا جُعِلَ ٱلسَّبْتُ عَلَى ٱلَّذِينَ ٱخْتَلَفُوا۟ فِيهِ ﴾ [٢] وقال : ﴿ إِنَّمَآ أَنتَ مُنذِرُ مَن يَخْشَىٰهَا ﴾ [٣] وقال : ﴿ إِنَّمَا تُنذِرُ مَنِ ٱتَّبَعَ ٱلذِّكْرَ ﴾ [٤] الآية ، وقال : ﴿ لِتُنذِرَ قَوْمًا مَّآ أُنذِرَ ءَابَآؤُهُمْ فَهُمْ غَٰفِلُونَ ۝ لَقَدْ حَقَّ ٱلْقَوْلُ عَلَىٰٓ أَكْثَرِهِمْ فَهُمْ لَا يُؤْمِنُونَ ﴾ [٥] ولو كانت إنما لنفي ما عداها تناقض الكلام . وتعالى الله عن ذلك .

١٦٧٩٨ - فثبت أنها لا تنفى ما سوى المذكور وإنما تؤكده وقوله : ﴿ إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَٰحِدٌ ﴾ لم يدل على نفي إله آخر باللفظ وإنما ثبت ذلك بدليل آخر .

١٦٧٩٩ - إن قول الراوي إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة يحتمل أن يكون قال ذلك ويحتمل فعله وقضى به ، والفعل لا عموم له فوجب التوقف عن ادعاء العموم [٦] كما وجب التوقف في قوله قضى .

١٦٨٠٠ - وجواب آخر : وهو أن قوله الشفعة فيما لم يقسم لو ثبت أنه قوله : لم يخل أن يكون المراد به الشفعة فيما لم يقسم للشريك ولغير الشريك ، أو يكون المراد به الوجه الثاني .

١٦٨٠١ - قلنا : مقتضاه ؛ لأن حق الشفعة ثبت عندنا فيما لم يقسم للشريك وإنما تثبت الشفعة لغيره إذا سقط حقه .

١٦٨٠٢ - وقد قلنا : بموجب ما قالوا وسقط دليل الخطاب على هذه الطريقة ؛ لأن الدليل يصير كأنه قال : لا شفعة للشريك فيما قسم ، وكذلك نقول : إن الشفعة التى أثبتها للشريك لا تثبت إلا فيما لم يقسم وهي الشفعة التي تتقدم على غيرها .

---

(١) سورة النساء : الآية ١٧١ وتكملتها ﴿ سُبْحَٰنَهُۥٓ أَن يَكُونَ لَهُۥ وَلَدٌ لَّهُۥ مَا فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِى ٱلْأَرْضِ وَكَفَىٰ بِٱللَّهِ وَكِيلًا ﴾ .

(٢) سورة النحل : الآية ١٢٤ وتكملتها ﴿ وَإِنَّ رَبَّكَ لَيَحْكُمُ بَيْنَهُمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ فِيمَا كَانُوا۟ فِيهِ يَخْتَلِفُونَ ﴾ .

(٣) سورة النازعات : الآية ٤٥ .

(٤) سورة يس : الآية ١١ وتكملتها ﴿ وَخَشِىَ ٱلرَّحْمَٰنَ بِٱلْغَيْبِ فَبَشِّرْهُ بِمَغْفِرَةٍ وَأَجْرٍ كَرِيمٍ ﴾ .

(٥) سورة يس : الآية ٦ ، ٧ .

(٦) عرف العام الآمدي فقال : هو اللفظ الواحد الدال على مسميين فصاعدًا مطلقًا معًا . انظر الإحكام في أصول الأحكام (٥٤/٢) .

١٦٨٠٣ - فأما احتجاج مخالفنا بقوله ﷺ : « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »[١] .

١٦٨٠٤ - فالجواب عنه : أن العقار متى زالت الشركة فيه حتى لم يبق بين الحدين شركة سقطت الشفعة عندنا .

١٦٨٠٥ - والجواب الثاني : أن قوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة فيما لم يقسم » إن كان تقديره الشفعة للشريك فيما لم يقسم ، فقوله عليه الصلاة والسلام : فإذا وقعت الحدود [معناه إذا قاسم خوف الشفعة بطلت شفعته .

١٦٨٠٦ - لأن رضاه بالقسمة إبطال الشفعة فيكون قد نفى في آخر الخبر الشفعة التي أثبتها في أوله .

١٦٨٠٧ - وجواب ثالث : قال إذا وقعت الحدود][٢] فلا شفعة ، يعني بالقسمة حتى لا يظن ظان أن القسمة إذا كانت تمليكًا من كل واحد من الشريكين للآخر كالتمليك بالبيع .

١٦٨٠٨ - فإن قيل : أول الخبر يقتضي وجوب الشفعة فيما بيع ، وآخره يقتضي نفي ما أثبته أولًا ، وهو سقوط الشفعة في البيع لا في القسمة .

١٦٨٠٩ - قلنا : أول الخبر ما اقتضى الشفعة في البيع ؛ لأنها عندكم تجب في البيع والنكاح والخلع والإجارة[٣] فالمراد من أول الحديث التمليك والقسمة فيها معنى تمليك فقد نفى بعض ما أثبت .

١٦٨١٠ - ثم قوله عليه الصلاة والسلام : « فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » ينصرف إلى صرف الحدود لا إلى أول الخبر ؛ لأن من حكم الغاية أن يتعلق ما بعدها بما قبلها ، وهذا يوجب نفي الشفعة عن القسمة لا عن التمليك المضمر في أول الخبر .

١٦٨١١ - جواب أخر : وهو أن قوله عليه الصلاة والسلام : « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق [فلا شفعة » تقتضي سقوط الشفعة بهذين الشرطين فإذا وقعت الحدود

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٢٢٩/٧) والمهذب (٣٧٧/١) والمغني مع الشرح الكبير (٤٦٢/٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) انظر مغني المحتاج (٢٩٨/٢) فإنه عند الشافعية تثبت الشفعة إذا بيع الشقص بمعاوضة محضة كالبيع أو بمعاوضة غير محضة كالمهر ، والخلع والإجارة وغير ذلك سيأتي تفصيله في مسألة مستقلة - إن شاء الله تعالى - .

ولم تصرف الطرق] (١) لم تسقط ؛ لأن الحكم إذا علق سقوطه بشرطين لم يسقط بوجود أحدهما ، فاقتضى الظاهر أن الحدود إذا وقعت ولم تصرف الطرق فالشفعة واجبة بالشركة في الطريق الذي لم (٢) يقسم ، والطريق الضيق الذي لا يقسم (٣).

١٦٨١٢ - قالوا : روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما مثل قولنا ولا مخالف لهما (٤).

١٦٨١٣ - قلنا : ذكر أصحابنا عن ابن مسعود (٥) رضي الله عنه وجوب الشفعة للجار (٦) وعن أبي رافع مثله (٧) وكان شريح يقضي بشفعة الجوار (٨) وخلافه معتد به على عثمان رضي الله عنه ؛ لأنه قضى في خلافته .

١٦٨١٤ - قالوا : ملكه محوز عن ملكه ، فوجب أن لا يستحق أحد الملكين بشفعة الملكَ الآخرَ . أصله : إذا كان بينهما طريق نافذ (٩) .

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) انظر بدائع الصنائع (٥/٥) وعبارته وآخر الحديث حجة على الشافعية ؛ لأنه علق عليه الصلاة والسلام سقوط الشفعة بشرطين : وقوع الحدود وصرف الطرق ، والمعلق في الشرطين لا يترك عند وجود أحدهما . وعنده يسقط بشرط واحد وهو وقوع الحدود وإن لم تصرف الطرق ، ثم هو مؤول وتأويله : فإذا وقعت الحدود وتباينت وصرفت الطرق فتباعدت فلا شفعة .

(٤) انظر سنن الترمذي (٦٤٤/٣) وسبل السلام (٩١٢/٣) والحاوي الكبير (٢٢٧/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٤٦١/٥) .

(٥) هو الصحابي الجليل أبو عبد الرحمن عبد الله بن مسعود بن غافل من أكابر الصحابة والسابقين إلى الإسلام ، روى عن النبي ﷺ وعمر وسعد بن معاذ أحاديث كثيرة ، وروى عنه ابنه عبد الرحمن وأبو عبيدة وأبو رافع وغيرهم ، هاجر الهجرتين إلى الحبشة وإلى المدينة وصلى إلى القبلتين ، وشهد بدرًا وأحدًا وغيرهما من المشاهد ، ومات عن نيف وستين سنة ، عام ٣٢هـ بالمدينة ودفن بالبقيع وصلى عليه عثمان بن عفان . انظر الإصابة (٣٦٩/٢) الاستيعاب (٢٨٠/٣ - ٢٨٦) وحلية الأولياء (١٢٤/١) وصفوة الصفوة (١٧٣/١) .

(٦) روى جرير عن عبد الحميد عن منصور عن الحكم عن علي وعبد الله قالا : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة للجوار . انظر المصنف لابن أبي شيبة (١٦٤/٧) كتاب البيوع باب رقم ٢٧٥٨ ورقم ٢٧٦٠ وانظر المصنف لعبد الرزاق في هذا المعنى (٧٨/٨) رقم ١٤٣٨٣ .

(٧) انظر كنز العمال (٧/٧) رقم ١٧٧٠٠ ومصنف عبد الرزاق (٧٧/٨) باب الشفعة بالجوار والخليط أحق رقم ١٤٣٨١ وكذلك رقم ١٤٣٨٢ بلفظ آخر .

(٨) قال ابن أبي شيبة في المصنف (١٦٦/٧) رقم ٢٧٦٦ حدثنا ابن عيينة عن عمر وعن أبي بكر بن حفص قالا : « كتب عمر إلى شريح أن يقضي بالجوار قالا : فكان شريح يقضي للرجل من أهل الكوفة على الرجل من أهل الشام . وهذا الأثر يدل على أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب يقول بوجوب الشفعة للجار واتبعه في هذا الأمر شريح القاضي وكان حكمه نافذًا في خلافة عثمان .

(٩) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٢٩/٧) وعبارته : « والدليل من طريق القياس هو أن تميز الحج

١٦٨١٥ - قلنا : الشفعة تثبت في الأصل ليدفع الشفيع عن نفسه [الأذية] (١) ويجمع الملكين فيصير أن ملكًا واحدًا ، وهذا موجود في الشريك والجار ، فإذا حصل الطريق بين الملكين فهذا المعنى لا يوجد .

١٦٨١٦ - ولأنه إذا لم يكن بينهما طريق [فالخلطة موجودة في الحائط والتأذي بسوء المشاركة موجود إذا كان بينهما طريق] (٢) فلا شركة بينهما في شيء فلم تجب الشفعة .

١٦٨١٧ - قالوا : ما لا يجب فيه إذا ملك بعقد النكاح لم يجب إذا ملك بعقد البيع كالعروض (٣) .

١٦٨١٨ - قلنا : المعنى في سائر الأموال أن الشركة فيها لا تؤدي إلى المجاورة ، وليس كذلك المقسوم ، لأن الشركة [فيه] (٤) تؤدي إلى المجاورة .

١٦٨١٩ - ولأن سائر الأموال لا يخشى فيها التأذي على وجه الدوام ، والمقسوم يخشى فيه التأذي على وجه الدوام .

١٦٨٢٠ - قالوا : الشفعة وجبت لإزالة الضرر عن الشفيع ، فلو أوجبنا للجار ، دخل الضرر على البائع ، لأنه لا يقدر على بيع داره بقيمتها ، لأن أحدًا لا يقدم على ابتياعها لعلمه بأن الشفيع يأخذها منه بالشفعة وهذا ضرر ، والضرر لا يزال بالضرر .

١٦٨٢١ - قلنا : الضرر قد وجب بالشرع إزالته عن الشفيع [وإن لحق غيره ، بدلالة أنَّ أخذ المبيع ضرر بالمشتري ، فقد وجب إزالة الضرر عن الشفيع] (٥) بهذا الضرر ، ثم هذا غلط ؛ لأن عندهم الشفعة تجب في المشاع (٦) فإذا أراد الشفيع إسقاط شفعة شريكه

= يمنع من وجوب الشفعة فيه كالذي بينهما طريق نافذة ، لأن المبيع لم يكن له حال تترتب فيها المقاسمة لم يثبت فيه الشفعة قياسًا على مشاع الغراس والأبنية » .

(١ ، ٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) بل عند الشافعية تجب الشفعة ولو ملك بعقد النكاح خلافًا للحنفية فقد جاء في روضة الطالبين (٧٨/٥) ما نصه : إذا جعل الشقص أجرة أو جعلاً أو رأس مال في السلم أو صداقًا أو متعة أو عوض خلع أو صلح عن دم أو مال ثبتت الشفعة في كل ذلك . وانظر مثل ذلك في الحاوي الكبير (٢٤٩/٧) ومغني المحتاج (٢٩٨/٢) والمهذب (٣٧٩/١) والهداية (٣٥/٤) . واستدلوا على ذلك بأن المنفعة لا مثل لها ، فأخذ بقيمتها كالثوب والعبد . بل محل نظر .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) انظر الحاوي الكبير (٢٢٧/٧) قال الماوردي : الشفعة مستحقة في عراص الأرضين ، ويكون ما اتصل =

قسم وباع . كذلك عندنا إذا أراد إسقاط الشفعة ، باع الدار إلا الحائط المشترك ، وباع الدار إلا ذراعًا من طول الجدار ، ثم يهب ذلك الذراع فيسقط الضرر عن نفسه بهذا كما يسقط الشريك الضرر عندهم بتكليف القسمة [(١)] .

١٦٨٢٢ - قالوا : زعمتم أن الشفعة تجب لخوف التأذي وهذا يبطل بإيجار المحاذي . ويمكن إزالة الضرر بالسلطان .

١٦٨٢٣ - وعندنا : يجب لتكمل انتفاعه بالدار ، فإن انتفاعه بالنصف مع الإشاعة أكثر من انتفاعه إذا قسم بالثمن والمبايعة ؛ لأنه سقط عند إحداث المرافق إن قاسمه المشتري فاحتاج إلى باب وبئر وبالوعة ويسقط عن نفسه أجرة القَسَّام وهذه المعاني : خوف التأذي - باطلة ، واعتبار الحق أولى .

١٦٨٢٤ - قلنا : قد بينا أن التأذي بالباطل لا نعتبره ، وإنما نعتبر التأذي بالحق على ما قدمنا وبينا الكلام على أجرة القسام ، وإنما يبطل بالشركة في المنقولات . وأما كمال الانتفاع وسقوط المؤن بالمرافق ؛ فمثله موجود في الجار .

١٦٨٢٥ - لأنه إذا أخذ بالشفعة استغنى عن بناء الحائط الحاجز ، ويكمل انتفاعه بملكه ؛ لأنه يجرى ماؤه إلى الدار التي يأخذها ، وقد كان لا يتمكّن من ذلك ويستطرقها إلى طريق آخر وقد كان يمنع من ذلك ويساوي الجار الشريك في هذين الوجهين .

* * *

= بها من البناء والغراس تبعًا ، وإن كان المبيع منها مشاعًا كانت الشفعة على قولين .

(١) هذا من أنواع الحيل في إسقاط الشفعة ، ففي الهداية (٣٩/٤) : وإذا باع دارًا إلا مقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له ، لانقطاع الجوار وهذه حيلة ، وكذا إذا وهب منه هذا المقدار وسلمه إليه لما بينا . وقال الإمام محمد : يكره الحيلة في إسقاط الشفعة قبل وجوبها ؛ لأنها شرعت لدفع الضرر والحيلة تنافيه . وعند الحنابلة : لا يحل الاحتيال على إسقاط الشفعة فإن فعل لم يسقط ، نص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد وقد سأله عن الحيلة في إبطال الشفعة ،فقال : لا يجوز شيء من الحيل في ذلك ؛ ولا في إبطال حق مسلم . انظر الشرح الكبير مع المغني (٤٦٠/٥) .

طلب الشفعة

١٦٨٢٦ - ظاهر رواية الأصل : أن طلب الشفعة على الفور ، وروى هشام [١] عن محمد أنه على المجلس ، ولم يحك خلافًا [٢] .

(١) هو الفقيه هشام بن عبيد الله الرازي المازني ، تفقه على الإمام أبي يوسف ومحمد ، وتوفي الإمام محمد في منزله بالري ، ودفن في مقبرته سنة ٢٠١هـ . من مصنفاته : كتاب النوادر في الفقه وغيره ، قال أبو حاتم : صدوق ، ما رأيت أعظم قدرًا منه بالري . هدية العارفين من كشف الظنون ٥٠٨/٦ والفوائد البهية ص٢٢٣ وميزان الاعتدال (٣٠٠/٤) والجواهر المضية (٥٦٩/٣) .

(٢) روي في المذهب روايتان : الأولى : طلب الشفعة على الفور ، قاله الكرخي : وقال ابن سماعة عن أبي يوسف : إنْ لم يطلب حين بلغه بطلت شفعته . وقال في موضع آخر : فإن لم يطلب ساعتئذ بطلت شفعته . وقال هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف . ثم قال الكرخي : وقال ابن رستم عن محمد : إذا بلغت الشفعة صاحبها فسكت فهو رضاء ، وترك للشفعة . وقال الإمام القدوري في شرحه على مختصر الكرخي : هذا يدل أنه على الفور ، قال الكاساني : أما شرطه : فهو أن يكون فور العلم بالبيع إذا كان قادرًا عليه حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حق الشفعة في رواية الأصل . والرواية الثانية : هي رواية هشام بن عبيد الله الرازي عن الإمام محمد في نوادره أنه إذا بلغه فسكت هنيهة ثم ادعاها من ساعته فهو على شفعته كذلك . وكذا إذا قال : الله أكبر أو قال : خلصني الله من فلان ، أو قال : لا حول ولا قوة إلا بالله ونحوه لا تبطل شفعته ، على هذه الرواية . وكذلك إذا قال بكم باعها ؟ أو متى اشتراها ؟ بهذا القدر من الكلام لا تبطل شفعته وهو على حقه إذا طلب . وقال القدوري في شرحه : إن هذا يقتضي الطلب على المجلس ، وهو اختيار الشيخ أبي الحسن الكرخي وقال : إنه أصح الروايتين ، قال الكرخي في مختصره بعد ما ذكر روايات الأصل والنوادر : وليس هذا عندي اختلافًا في رواية ولا معنى ؛ لأن جميع العبارات الدالة على ألا يكون الطلب متراخيًا القصد منها ألا تدل على ترك المطالبة بالشفعة أو الإعراض عنها . الهداية (٢٦/٤) وتبيين الحقائق (٢٤٣/٥) وحاشية الشلبي عليه ، وبدائع الصنائع (١٧/٥) والمبسوط (١١٦/١٤ - ١١٧) والاختيار (٥٤/٢) .
وذهب المالكية إلى أنه ليس على الفور بل وقت وجوبها متسع . واختلف قول مالك في هذا الوقت ، مرة قال : غير محدود ، وأنها لا تنقطع أبدًا إلا أن يحدث له تغيير كثير بمعرفته ، وهو حاضر عالم ساكت ، ومرة حدد هذا الوقت فروي عنه : السنة وهو الأشهر ، وقيل : أكثر من سنة ، وقيل : خمس سنوات . انظر الكافي (٨٦٠/٢ - ٨٦١) وبداية المجتهد (٢٦٣/٢) والذخيرة (٣٧١/٧) .
وعند الحنابلة الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور وإلا بطلت ، نص عليه الإمام أحمد في رواية أبي طالب ، فقال : الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم ، وهو المختار لعامة أصحاب الحنابلة ، وحكي عن أحمد رواية ثانية : أن الشفعة على التراخي ، ولا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضا من عفو أو مطالبة بقسمة أو نحو ذلك . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٧٧/٥) والشرح الكبير مع المغني (٤٧٨/٥) والمبدع (٢٠٨/٥)=

١٦٨٢٧ - وللشافعي رحمه الله أربعة أقوال :

١٦٨٢٨ - أحدها : على الفور .

١٦٨٢٩ - والثاني : ثلاثة أيام .

١٦٨٣٠ - والثالث : على التأبيد [إلا أن للمشتري مطالبة الشفيع أن يأخذ أو يسقط حقه .

١٦٨٣١ - والرابع : أنه على التأبيد] [١] كحق القصاص وليس على المشتري مطالبة الشفيع بالأخذ أو الإسقاط . ونص في اختلاف العراقيين [٢] على أنه إذا أسقطها فله أن يرجع في مجلسه ويطالب بها .

١٦٨٣٢ - قال ابن شريح : وفيه وجه آخر : أنه لا يطالب بعد الإسقاط [٣] فإن دللنا على الفور ، فما [٤] روي أن النبي ﷺ قال : « الشفعة لمن واثبها » [٥] وقال : « إنما

= والإنصاف (٢٦٠/٦) وقال ابن أبي ليلى : الشفيع بالخيار ثلاثة أيام بعد علمه . انظر اختلاف أبي حنيفة وأبي ليلى ص٣٦ .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) هو كتاب اختلاف العراقيين للإمام الشافعي رضي الله عنه مطبوع مع الأم . انظر كتاب أسماء الكتب المتمم لكشف الظنون ، لعبد اللطيف بن محمد رياضي زاده ص٣٣ .

(٣) في المهذب (٣٧٩/١ - ٣٨٠) والحاوي الكبير (٢٤٠/٧) ومغني المحتاج (٣٠٧/٢) وروضة الطالبين ١٠٧/٥ والوجيز ٢٢٠/١ وحلية العلماء ٢٨٣/٥ - ٢٨٥ . وفي المهذب أن الشفيع بالخيار بين الأخذ والترك ؛ لأنه حق ثبت له بما يدل على العفو كقوله بعني أو قاسمني وما أشبههما كالخيار في القصاص . والثاني : أنه بالخيار إلى أن يرفعه المشتري إلى الحاكم ليجبره على الأخذ أو العفو . والثالث : نص عليه في سير حرملة أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام والرابع : نص عليه في الجديد أنه على الفور وهو الصحيح .
مما تقدم يتضح لنا أن الحنفية في ظاهر الرواية والشافعية في الجديد عندهم وهو الصحيح ، والحنابلة في الصحيح من المذهب يرون أن الشفعة على الفور ، أما المالكية قالوا : إنها على التراخي ، وحكي عن ابن أبي ليلى أنها مقدرة بثلاثة أيام وهو قول عند الشافعية ، ونقل أيضًا عن الشافعية قولان آخران ذكرهما الإمام القدوري وأقوال أخرى منقولة عن العلماء إلا أننا تركناها حيث لم نجد لها دليلًا .

(٤) في (ع) ، (ع) : [فما] ، بحذف اللام وهو ما أثبتناه في المتن .

(٥) أخرج عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن بن عمارة عن رجل عن شريح قال : إنما الشفعة لمن واثبها ، وقال عبد الرزاق : هو قول معمر . انظر مصنف عبد الرزاق (٨٣/٨) رقم ١٤٤٠٦ وذكر ابن حجر في تلخيص الحبير (٥٧/٣) كتاب الشفعة أنه من قول شريح ، وقال : ذكره قاسم بن ثابت في دلائله ، وقال صاحب البناية (٤٨٦/٨) هذا ليس بحديث ، وإنما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه من قول شريح . وقال الزيلعي : إنه حديث غريب ، قوله « لمن واثبها » أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة وهو من الوثوب على الاستعارة ، لأن من يثب هو الذي يسرع في طي الأرض بمشيه . وانظر هذا الدليل في الهداية (٢٦/٤) وتبيين الحقائق (٢٤٢/٥)

الشفعة كنشطة عقال إن قيدها مكانها يثبت حقه وإلا فالغرم عليه » [١] .

١٦٨٣٣ - وروي : « فإن ترك فاللوم على من تركها » [٢] .

١٦٨٣٤ - ولأنه خيار تَمُلك ، ولا يختص بثلاثة أيام ، ولا يقف على التأبيد كخيار القبول [٣] .

١٦٨٣٥ - ولأنه خيار يثبت من طريق الحكم فلا يتقدر بالثلاث كخيار العيب . ولأنه ترك المطالبة في المجلس الذي بلغه فيه البيع فوجب أن تبطل شفعته إذا بيعت الدار بعبد فمات قبل القبض ثم علم الشفيع فترك الطلب .

١٦٨٣٦ - وأما إن دللنا على المجلس فلأنه اختيار تَملك [٤] كخيار المخيرة [٥] ، ولأن الشفيع يحتاج إلى الفكر والارتياء .

١٦٨٣٧ - فإن قلنا : إنه على الفور لم يتمكن من اختيار الأصلح له ، وفي هذا إلحاق ضرر به [٦] ولأنه طلب في المجلس الذى علم فيه البيع ؛ فكان له الشفعة ، كما لو

= والحاوي الكبير (٢٤٠/٧) والمهذب (٣٨٠/١) والمغني مع الشرح الكبير (٤٧٨/٥) . ويلاحظ أن الإمام القدوري قد نقل هذا القول كأنه حديث بينما علماء الحديث والفقهاء يذكرون أنه من قول شريح ، وليس من قول النبي ﷺ ، فهذا تجاوز منه كما أنه تجاوز في نقل أحاديث ضعيفة قد ضعفها العلماء ومنهم الزيلعي وهو حنفي ، حيث قال : إنه حديث غريب . وما استدل به الإمام القدوري استدل به كل من قال بأن الشفعة على الفور إلا أن الإمام ابن قدامة حينما ذكر هذا القول « الشفعة لمن واثبها » قال رواه الفقهاء في كتبهم ، وهو بهذا الصنيع قد تدارك هذا التجاوز . انظر المغني مع الشرح الكبير (٢٧٨/٥) .

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٨٣٥/٢) كتاب الشفعة باب طلب الشفعة عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر ، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (١٠٨/٦) كتاب الشفعة ، باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة ، وكنز العمال عن ابن عمر (٤/٧) رقم ١٧٦٨٦ كتاب الشفعة . وفي الزوائد : في إسناده محمد بن عبد الرحمن البيلماني قال فيه ابن عدي : كل ما يرويه البيلماني فالبلاء فيه منه ، وإذا روى عنه محمد بن حارث فهما ضعيفان لا يجوز الاحتجاج بهما . وقال الزيلعي في نصب الراية (٤٢٦/٥) حديث غريب .

(٢) وفي تلخيص الحبير (٥٧/٣) الشفعة كنشطة عقال إن قيده ثبتت ، وإلا فاللوم على من تركها ، قال ابن حجر : هذا حديث ذكره أبو الطيب وابن الصباح والماوردي هكذا بلا إسناد ، وهذا جزء من الحديث الضعيف السابق تخريجه . انظر هذا الدليل في بدائع الصنائع (١٧/٥) .

(٣) انظر حاشية الشلبي على التبيين (٢٤٣/٥) والمبسوط (١١٧/١٤) ، وهذا رد على قول ابن أبي ليلى والشافعي ومالك من باب أولى .

(٤) انظر بدائع الصنائع (١٧/٥) .

(٥) المخيرة في الطلاق كأن يقول رجل لزوجته : أمرك بيدك . حاشية الشلبي على تبيين الحقائق (٢٤٣/٥) .

(٦) بدائع الصنائع (١٧/٥) .

علم بالبيع وهو في الصلاة فتّمها ثم طلب (١) .

١٦٨٣٨ - فإن احتجوا بالخبرين (٢) .

١٦٨٣٩ - قلنا : إذا طلب في مجلسه فقد واثبها ، ولأنه قال في الخبر الآخر : إن فقدها مكانها / فاعتبر المكان وهذا معنى المجلس .

١٦٨٤٠ - قالوا : أخرها عن غير عذر ، فصار كما لو طلبها بعد المجلس .

١٦٨٤١ - قلنا : يبطل إذا علم وقد دخل الوقت ، فتوضأ ، فأذن ، وصلى ، فإنه يقدر على الطلب ويؤخر الصلاة إلى وسط الوقت أو آخره ، ولأنه إذا قام من مجلسه قبل المطالبة فقد أعرض عما هو فيه بدلالة المخيرة . وإذا لم يقم ولم يتشاغل فهو في الارتياء (٣) فلم يعرض عما هو فيه ومتى طلبه قبل الإعراض صار كالطلب على الفور .

١٦٨٤٢ - قالوا : خيار جعل لإزالة الضرر عن الإنسان من ماله فوجب أن لا يختص بالمجلس كالرد بالعيب (٤) .

١٦٨٤٣ - قلنا : الرد بالعيب حق تعلق بسبب مستقر ، بدلالة أن المشتري وجب له على البائع تسليم المبيع بجميع أجزائه ، فلم يسلم ما وجب عليه ، والحق إذا تعلق بسبب مستقر لم يختص بالمجلس ، وفي مسألتنا تعلق الحق بسبب لم يستقر - فهو كخيار المخيرة ، وتسليم ثمن الصرف ورأس مال السلم - فيختص بالمجلس .

---

(١) انظر المرجع السابق .

(٢) وهما الشفعة لمن واثبها ، وإنما الشفعة كنشطة عقال . الحاوي الكبير (٢٤٠/٧) والمهذب (٣٨٠/١) ، وللشافعية أربعة أقوال ، الصحيح منها وهو الجديد في المذهب عندهم أنه على الفور ، وهو بذلك يكون موافقًا لظاهر الرواية عند الحنفية ، فلا خلاف بينهما ، بل إن ما استدل به الشافعية على الفور هو بعينه ما استدل به الحنفية في ظاهر الرواية عندهم . أما الأقوال الثلاثة الأخرى فهي أقوال مرجوحة في المذهب ، ومن المعلوم عند الشافعية أن المذهب عندهم هو أقوال الإمام الشافعي في الجديد ، ولا يعمل بالقديم إلا في مسائل محدودة منصوص عليها ، قالوا : هي ثلاث مسائل ، وقال بعضهم : أربع عشرة مسألة ، وقال بعضهم : سبع عشرة مسألة ، وقال كثيرون : إنها عشرون مسألة ، وقد أشار النووي إلى أن إفتاء الأصحاب في هذه المسائل وترجيحهم لا يلزم نسبته إلى الإمام الشافعي بل هو محمول على أن اجتهادهم داخل المذهب أدى بهم إليه لظهور دليله إلا إذا عضده حديث لا معارض له ؛ فهو مذهبه ومنسوب إليه كما قال : إذا صح حديث فهو مذهبي . وليس من بينها هذه المسألة ، فإن إيراد أدلة الشافعية ثم الرد عليها على نفس المدعي لا طائل تحتها . انظر المجموع (٦٧/١) ومغني المحتاج (١٤/١) .

(٣) أي أنه تمليك فلابد من التأمل فيه كسائر التمليكات . انظر تبيين الحقائق (٢٤٣/٥) .

(٤) انظر الحاوي الكبير في هذا المعنى (٢٤٠/٧) .

حكم ما إذا كان بدل الشقص صداق امرأة أو خلع إو إجارة أو صلح دم عمد وغيرها

١٦٨٤٤ - قال أصحابنا : إذا تزوجها على شقص ، أو خالع به ، أو استأجر به ، أو صالح به من دم عمد فلا شفعة فيه [(١)] .

١٦٨٤٥ - وقال الشافعي : تجب الشفعة في هذه المواضع [(٢)] .

١٦٨٤٦ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه » [(٣)] .

١٦٨٤٧ - ولأنه مملوك بسبب لا يثبت فيه خيار الشرط كالمملوك بالهبة والوصية والميراث . ولا يلزم إذا حصل الشقص في رأس مال السلم [(٤)] أن الشفعة تجب فيه

---

(١) انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلي ص٣٥ ، المبسوط (١٤٤/١٤ - ١٤٥) ومختصر الطحاوي ص١٢٠ والهداية (٣٥/٤) وتبيين الحقائق (٢٥٣/٥) وهذه أشهر رواية عند الحنابلة وهو ظاهر كلام الخرقي وقول أبي بكر من الحنابلة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٦٩/٥) والمبدع (٢٣٨/٥) وشرح منتهى الإرادات (٤٣٥/٢) .

(٢) روضة الطالبين (٧٨/٥) والحاوي الكبير (٢٤٩/٧ ، ٢٥٢ ، ٣٠٠) والمهذب (٣٧٩/١) ومغني المحتاج (٢٩٨/٢) وبه قال المالكية ، وهو قول ابن حامد من الحنابلة وابن أبي ليلى . قال ابن الجلاب في التفريع . ومن تزوج امرأة بسهم في أرض أو دار ففيه الشفعة بقيمته دون صداق المثل . ومن صالح من دم عمد على سهم من دار أو أرض مشتركة ففي ذلك الشفعة بقيمة السهم . ومن صالح عن دم خطأ على سهم من دار أو أرض مشتركة ففيه الشفعة بالدية . وقال النووي في الروضة : إذا جعل الشقص أجرة أو جعلًا ، أو رأس مال في سلم ، أو صداقًا ، أو متعة ، أو عوض خلع ، أو صلح عن دم أو مال ، أو جعله المكاتب عوضًا عن النجوم ثبت الشفعة في كل ذلك . وقال ابن قدامة : ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يجعل الشقص مهرًا ، أو عوضًا في الخلع ، أو في الصلح عن دم العمد ؛ فظاهر الخرقي أنه لا شفعة فيه ، وهو قول أبي بكر . وقال ابن حامد : تجب فيه الشفعة . انظر المدونة (٢٢٩/٣) والكافي (٨٥٦/٢) والتفريع (٣٠٠/٢) والذخيرة (٣٢٥/٧) وبداية المجتهد (٢٥٨/٢) والمغني مع الشرح الكبير (٤٦٩/٥) والمبدع (٢٢٨/٥) واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص٣٠ .

(٣) استدل الإمام القدوري بهذا الحديث العام الذي يشمل أبوابا مختلفة من غصب وسرقة واختلاس وغير ذلك ؛ فهو بعيد عن الموضوع علاوة على ذلك أن الشفعة شرعت لدفع الأذى والضرر .

(٤) في (ن) : [المسلم] . والسلم لغة : السلف وأسلم في الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد والاسم السلم . المصباح المنير (٣٨٩/١) لسان العرب (٢٠٨١/٣) مادة سلم . وفي الشرع : اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلا وفي المثمن آجلا » . الاختيار (٤١/٢) .

والسلم لا يثبت فيه خيار الشرط ؛ لأن الخيار يثبت عندنا ، فإذا قبض الدار لم يملكها . ولو فسد العقد بِغيَرِ جدار ملكها ، فدل على أن الخيار ثابت .

١٦٨٤٨ - ولأنه مملوك بعقد لا يفتقر إلى تسمية عوض كالهبة والوصية .

١٦٨٤٩ - ولأنه ليس في مقابلته عوض هو مال كالهبة ، أو ليس في مقابلته عوض يورث كالهبة [1] .

١٦٨٥٠ - فإن قيل : المعنى في الهبة أنه ملكها بغير عوض .

١٦٨٥١ - وفي مسألتنا ملك بمعاوضة ما تقبل الشفعة .

١٦٨٥٢ - قلنا : الهبة والوصية مملوكة بعوض هو الثواب ، فعلّة الأصل غير مسلّمة وعلة الفرع لا تصح ، لأن العوض إذا لم يكن له حكم الأموال جرى مجري العوض الذي هو الثواب ، فلم توجد الشفعة .

١٦٨٥٣ - ولأنه عقد لا يستحق الجارُ بالشفعة المعقودَ عليه فيه ، فلم يستحقه الشريك . أصله : بيع ما لا يقسم وعقد الوصية ، ولأنه سبب لو ملك به الحمام ، لم يؤخذ بالشفعة ، فإذا ملك به غيره لم يؤخذ بها . أصله . الوصية والغنيمة ، ولأنه نقل ملك بالبدل ؛ فلا يصح في المهر كالتولية [2] والمرابحة [3] .

١٦٨٥٤ - ولأن البضع لا يتقوم إلا على من ملك الاستباحة ، أو أتلف المنفعة ، والإتلاف يكون مشاهدة وحكمًا ، فالشفيع لم يؤخذ منه ذلك ، فلم يتقوم عليه . وإذا لم يجز تقويمه عليه تعذر أخذ الشقص بغير بدل ، كما أن المملوك بالصدقة لما تعذر تقويم العوض الذى هو الثواب لم تجب الشفعة فيه .

١٦٨٥٥ - فإن قيل : عندنا يتقوم البضع على المكره والشهود إذا رجعوا

---

(١) قال الماوردي في الحاوي الكبير (٢٤٩/٧) ردًا على هذا الدليل : إن البضع في حكم الأموال لأمرين : أحدهما : أنه يعاوض عليه بمال . والثاني : أنه مقدم في اغتصابه بالمال ، وما لم يكن مالًا لم يقوم في استهلاكه بالمال . ثم المعنى في الهبة والميراث أنه مملوك بغير بدل ؛ فلم تجب فيه الشفعة . والصداق مملوك ببدل فوجبت فيه الشفعة .

(٢) التولية : بيع ما اشترى بما اشتري . وقال الجرجاني : هي بيع المشتري بثمنه بلا فضل . انظر طلبة الطلبة ص٢٤٠ التعريفات ص١٠١ .

(٣) المرابحة : البيع بما اشتري وبزيادة ربح معلوم عليه . وقال الجرجاني هي البيع بزيادة على الثمن الأول . انظر طلبة الطلبة ص٢٤٠ التعريفات ص٢٦٣ .

والمرضعة [١] .

١٦٨٥٦ - قلنا : هذا كله إتلاف فقد دخل في التقييم .

١٦٨٥٧ - فإن قيل : يجوز أن يتقدم على الشفيع وإن لم يؤخذ منه أحد هذه الأقسام ، كما يأخذ الشقص بقيمة العوض [ويقوم العوض] [٢] عليه ، وليس بملك له ولا متلف .

١٦٨٥٨ - قلنا : هو متلف من طريق الحكم ؛ لأن المبتاع إذا لم يسلم له المبيع استحق الرجوع بالعوض فيما [٣] أخذ الشفيع الدار ولا طريق له على العوض صار الشفيع كالمتلف للعوض عليه حكمًا فقومناه عليه .

١٦٨٥٩ - وفي مسألتنا استحقاق المهر لا يوجب رجوع المرأة بالبضع حتى يُقَوَّم عليها ذلك ، فصار الشفيع كالمتلف له فلم يتقوم عليه .

١٦٨٦٠ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » [٤] .

١٦٨٦١ - قلنا : قد بينا أن أصل الخبر قضى بالشفعة فيما لم يقسم وَقَبِل الشفعة .

١٦٨٦٢ - وبيَّنَّا : أن هذا يحتمل الفعل فلا يجوز دعوى عمومه حتى يثبت أنه قول ، ثم قد أجمعوا على أن الشفعة تجب فيما لم يقسم إذا ملك بسبب ، فأضمرنا البيع وأضمروا الملك ، فوجب إضمار ما أجمعوا عليه وإسقاط زيادة إضمار لم تدل عليه الدلالة .

١٦٨٦٣ - قالوا : معاوضة يملك بها ما يحتمل الشفعة فجاز أن تجب بها الشفعة كالبيع [٥] .

١٦٨٦٤ - قالوا : وقولنا يملك بها ما يحتمل الشفعة احتراز من الكتابة .

١٦٨٦٥ - قلنا : لا نسلم إطلاق المعاوضة ؛ لأن [عقد] [٦] النكاح لا يقف على تسمية عوض ، ولا يجوز أن يكون مرادهم أنه لا ينفك عن العوض ؛ لأن عندهم [٧] قد

---

(١) انظر الحاوي الكبير (٧/ ٢٥٠) في الجواب على أن البضع لا يقوم إلا في عقد أو شبه عقد . ويرى الماوردي أنه غير مسلم ، لأن المغتصبة مقومة البضع عندنا على غاصبها ، والمشهود بطلاقها مقومة البضع على الشهود إذا رجعوا للزوج دونها ، فصار بضعها مقومًا من غير عقد أو شبهة في حقها وحق غيرها ، فلم يمنع من تقويمه في شفعة صداقها .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) في (ع) ، (م) : [فلما] .

(٤) استدل الماوردي في الحاوي الكبير (٧/ ٢٤٩) بعموم قوله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم ، على الشفعة .

(٥) انظر الحاوي الكبير (٢٤٩/١) قال الماوردي : ولأنه عقد معاوضة فجاز أن تثبت فيه الشفعة كالبيع .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) . (٧) الوجيز للغزالي (٢٩/٢) .

يخلو من العوض في المفوضة (١) .

١٦٨٦٦ - ولا يجوز أن يكون المراد به : أنه يصح ذكر العوض فيه ، لأن هذ موجود في الهبة . ولأن البيع عقد ، المقصود منه العوض بمالين ، والنكاح ليس المقصود منه العوض فصار في حكم عقد المعاوضات .

١٦٨٦٧ - ولأن البيع يجوز أن يكون عوضه بالتولية والمرابحة ، فلم تجب فيه الشفعة ولأن البيع عوضه مال ؛ فجاز أن تجب فيه الشفعة ، والمهر عوضه ليس بمال ؛ بدلالة أن الحربي إذا أخذ أمانًا لنفسه وماله جاز أن تسبى زوجته ، ولو كان البضع مالًا له دخل في أمانة (٢) .

١٦٨٦٨ - قالوا : الشفعة وجبت لإزالة الضرر لما يلحقه من نقصان التصرف وأجرة القسام وهذا موجود في المهر (٣) .

١٦٨٦٩ - قلنا : هذا يبطل بالهبة والحمام وما لا يقسم ؛ فإن الضرر فيه بنقصان التصرف أكثر ، ولا شفعة فيه ، والعروض فيها ضرر بأجرة القسام ولا أجرة فيها .

١٦٨٧٠ - فإن قيل : الهبة لا تجب فيها الشفعة ؛ لأنا لو أوجبنا ما [أخذناها] (٤) بعوض ، وفي هذا ضرر بالموهوب له ، فلم يجز إزالة الضرر بالضرر .

١٦٨٧١ - قلنا : كان يجب أن توجب الشفعة بقيمة الدار الموهوبة كما قال مالك (٥) لأن القيمة كالعوض ، ألا ترى أن الإنسان يهب ليعوض في العادة مثل ما وهب ؟ .

١٦٨٧٢ - قالوا : اعتبرتم المعاوضة بغير المعاوضات ، واعتبرها الشافعي بمعاوضة غير مختصة ، واعتبار الشيء بجنسه أولى . ولأن حكم المهر حكم الثمن بدلالة أنه يرد بالعيب ويرجع به عند الاستحقاق (٦) .

---

(١) المفوضة بفتح الواو هي التي زَوَّجها وليها من رجل من غير تسمية مهر ، وبكسر الواو : هي التي زوجت نفسها من رجل من غير تسمية مهر . والتفويض : هو التسليم ، وهو ترك المنازعة والمضايقة ويراد به تفويض أمر المهر إلى الزوج وترك المنازعة في تقديره . انظر طلبة الطلبة ص١٣٤ ، التعريفات ص٢٧٨ .

(٢) انظر كتاب الهداية في هذه المسألة بالتفصيل (١٥٥/٢) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٤٩/٧) وفيه أنه معنى وضع لدفع الضرر عن المالك ؛ فوجب أن يثبت في الصداق كالرد بالعيب .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٥) انظر التفريع (٣٠٠/٢) وعبارته : « من وهب سهمًا من جدار أو أرض مشتركة ففيها روايتان إحداهما : أن فيه الشفعة ، والأخرى : أنه ليس فيه شفعة » .

(٦) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٤٩/٧) حيث استدل الماوردي على قول الشافعية بوجوب الشفعة بهذه المواضع بعد ذكر الحديث الشريف الذي لم يفرق بين شفعة وشفعة فقال : لأنه عقد معاوضة فجاز أن =

١٦٨٧٣ - قلنا : إذا كانت الشفعة تجب في البيع وهي معاوضة بصفة ، فمتى زالت الصفة فهو كزوال المعاوضات . ألا ترى أن ارتفاع أحد وصفي العلة كارتفاعهما ، فمتى ألحقنا النكاح بالهبات فقد أعطينا العلة حكمها عند وجود شروطها ، ورفعنا حكمها لارتفاع أحد الشرطين كما يرفع لزوال الشرط جميعًا ، فأما الرد بالعيب فلا يستوى المهر والمبيع عندنا .

١٦٨٧٤ - لأن في البيع يرد بكل عيب ، والمهر يرد ببعض العيوب ، والبضع لا يرد بعيب أصلًا ؛ فلم يسلم التساوى .

١٦٨٧٥ - ولأن الرد بالعيب والرجوع عند الاستحقاق حكم ثابت بين المتعاوضين ، والنكاح معاوضة في حق الزوجين . والكلام في أنه هل يصير معاوضة في حق الشفيع أم لا ؟ وقد بينا في حق الشفيع أنه [كالمملوك بغير عوض لأن السبب الذي به يتقوم العوض لا يوجد في حق الشفيع] [1] فلا معنى لاعتبار أحكام المعاوضات بين الزوجين .

* * *

= تثبت فيه الشفعة كالبيع ، ولأنه عقد يجري فيه الرد بالعيب فوجب أن تثبت فيه الشفعة كالبيع ، ولأنه معنى وضع لدفع الضرر عن الملك ؛ فوجب أن يثبت في الصداق كالرد بالعيب . ولأنه معنى يوجب زوال اليد المستحقة عن المشتري فوجب أن يستحق به إقباض اليد عن الصداق كالاستحقاق ، ولأن كل عقد استحق فيه إقباض الشفعة استحق به إقباض شفعة كالبيع ، ولأن كل قبض وجب في عقد الصداق بيانه : أن في البيع قبضين : الأول : قبض المشتري من البائع . الثاني : قبض الشفيع من المشتري ، ثم وجب في الصداق قبض الزوجة من الزوج ؛ فوجب قبض الشفيع من الزوجة .

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

مسألة ٨٣٠

بم يأخذ الشفيع إذا اشترى المشتري الشقص بثمن مؤجل ؟

١٦٨٧٦ - قال أصحابنا : إذا اشترى بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار إن شاء أخذ بثمن حال ، وإن شاء يدع ، فإذا مضى الأجل أخذها [1] .

١٦٨٧٧ - وهو قول الشافعي رحمه الله في الجديد [2] .

١٦٨٧٨ - وقال في القديم [3] يأخذها بثمن مؤجل ، فإن كان الشفيع غير مليء طالبه تكفيل نفسه .

١٦٨٧٩ - وقال في الشروط [4] يأخذها بسلعة تساوي ذلك الثمن بمثل ذلك

(١) انظر المبسوط (١٠٣/١٤) والهداية (٣٢/٤) البناية على الهداية (٥٢٣/٨) وحاشية الشلبي على التبيين . وعبارة الزيلعي : وإذا ابتاع بثمن مؤجل ، فالشفيع بالخيار : إن شاء أخذها بثمن حال ، وإن شاء صبر حتى يأخذها في الحال بثمن مؤجل .

(٢) انظر الحاوي الكبير (٢٥٣/٧) قال الشافعي في الجديد : إن الشفيع لا يتعجل الشقص بالثمن المؤجل ، ويقال له : أنت مخير بين أن تعجل الثمن فتتعجل أخذ الشقص ، وبين أن تصير إلى حلول الأجل فتدفع الثمن وتأخذ الشقص . وقد وصف هذا الرأي صاحب مغني المحتاج (٣٠١/٢) بالأظهر ، وصاحب المهذب بالصحيح في (٣٧٨/١ - ٣٧٩) وانظر كذلك حلية العلماء (٢٧٨/٥ - ٢٧٩) .

(٣) الحاوي الكبير (٢٥٣/٧) قال الإمام الشافعي في القديم : إن للشفيع أن يتعجل أخذها ويكون الثمن بذمته إن كان ثقة ، وإن كان غير ثقة أقام ضمينًا ثقة ، وقال الشافعي : وهذا أشبه بصلاح الناس . هو قول الشافعي في القديم وزفر بن الهذيل من الحنفية والمالكية والحنابلة . تبيين الحقائق (٢٤٩/٥) والمبسوط (١٠٣/١٤) وبداية المجتهد (٢٥٩/٢) والمدونة (٢٠٩/٣) والذخيرة (٣٤١/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٥٠٧/٥) والشرح الكبير مع المغني (٥٢٣/٥) والمبدع (٢٢٥/٥) وشرح منتهى الإرادات (٤٤٦/٢) وعبارة ابن رشد : قال مالك : يأخذه بذلك الأجل إذا كان مليئًا أو يأتي بضامن مليء ، وقال ابن قدامة : إذا كان الثمن مؤجلًا أخذه الشفيع بذلك الأجل إن كان مليئًا وإلا أقام ضمينًا مليئًا وأخذ . وذهب الشافعي في قول ثالث أنه يأخذه بسلعة تساوي مائة إلى الأجل . انظر المهذب (٣٧٩/١) وحلية العلماء (٢٧٩/٥) نلاحظ أن الإمام القدوري ذكر عن الشافعية قولين في القديم والجديد كما في الحاوي الكبير وبالرجوع إلى كتاب المهذب للشيرازي وحلية العلماء للقفال الشاشي تبين لنا أن عند الشافعية ثلاثة أقوال ، قولان ذكرهما الإمام القدوري في تجريده ، والقول الثالث ذكرناه آنفًا .

(٤) ذكر عبد اللطيف بن محمد رياضي زاده عدة كتب تحمل هذا الاسم ، منها : الشروط الكبير ليحيى بن بكر من الحنفية ، والشروط الكبير والصغير لأبي زيد الشوطي ، والشروط الكبير والصغير في الأحكام

الأجل [١] .

١٦٨٨٠ - لنا : أنها مدة ملحقة بالعقد ؛ فلا تثبت في حق الشفيع كمدة الخيار .

١٦٨٨١ - ولأنه ملك بسبب لم يشترط فيه التأجيل ، فلم يتأجل البدل في حقه كما لو كان في البيع بعض ملحق ، ولأنه تمليك بمثل الثمن ؛ فلا يثبت التأجيل من غير شرط كالتولية .

١٦٨٨٢ - ولأن الشفيع يملكها بسبب حادث ، فلا يتأجل الثمن عليه كالوارث .

١٦٨٨٣ - وأما القول [٢] الآخر : فلأن المبيع وقع بثمن فلا تجب الشفعة بالسلعة ؛ كما لو اشترى حالًا .

١٦٨٨٤ - ولأن السلعة لو اشترى بها لم يأخذ بها ، فإذا اشترى بعدها أولى .

١٦٨٨٥ - احتجوا : بأن الأجل صفة للثمن كالسواد [٣] .

١٦٨٨٦ - قلنا : الأجل [ليس] [٤] بصفة بدلالة أن الثمن يحل فيسقط ، ولو كان صفة لم يحل للموصوف منه ، وإنما هو حق أثبته البائع للمشتري في ماله فلا يثبت لغيره إلا برضاء من له الحق [٥] .

١٦٨٨٧ - قالوا : أحد صفتي الثمن فكان للشفيع الأخذ بها كالحلول [٦] .

١٦٨٨٨ - قلنا : الأخذ بالحال لا يؤدى إلى الإضرار بالمشترى ؛ والأخذ بالأجل إضرار به ، لأن ماله يتأجل بغير اختياره .

١٦٨٨٩ - احتجوا للقول الآخر فقالوا : لا يجوز أن يأخذه بثمن حال ؛ لأنه إضرار بالشفيع : يأخذ ما يساوي مائة إلا سنة بمائة نقدًا .

١٦٨٩٠ - ولا يجوز أن يأخذه إلى سنة ، لأنه إضرار بالمشتري ، ولا يجوز أن يخير

= للخصاف ، والشروط الكبير والصغير للطحاوي . انظر كتاب أسماء الكتب ص١٩٩ - ٢٠٠ .

(١) انظر المهذب (٣٧٩/١) حلية العلماء (٢٧٩/٥) .

(٢) في (ع) ، (م) : [قول بحذف الألف واللام] .

(٣) انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٠٨/٥) والمهذب (٣٧٨/١ - ٣٧٩) . الحاوي الكبير (٣٥٣/٧) .

(٤) ما بين المعكوفين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) التأجيل والحلول صفتان تابعتان للثمن تقول بثمن حال أو بثمن مؤجل .

(٦) انظر المجموع (٣١٤/١٤) والمغني مع الشرح الكبير (٥٠٨/٥) وعبارته « ولأن في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر » .

بين أن يؤخر الأجل أو يأخذه في الحال ، لأن حق الشفيع في الأخذ لا تخيير فيه ، فلم يبق إلا أن يأخذه بالسلعة [1] .

١٦٨٩١ - قلنا : إذا كان الشفيع لا يخير فيه بين التقديم والتأخير ، فكذلك الشفعة إذا وقع البيع [بالأثمان] [2] لم يؤخذ بالسلع ، فلم يكن برد أحد الأمرين أولى من الآخر بل كان التخيير أولى .

١٦٨٩٢ - لأن الشفعة قد يتأخر أخذها إذا تعذر تعجيله بغيبة الشفيع وبغيبة المشترى عندنا / ؛ فجاز أن يوجد في مسألتنا إذا تعذر الأخذ في الحال . ولم يثبت في الأصول لِمَا قالوه نظيّر ؛ لأن الشفعة لا تؤخذ بالسلعة ، وإن بيعت بها فأولى أن لا يؤخذ بها إذا بيعت بالأثمان .

* * *

---

(١) انظر المهذب (٣٧٩/١) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

مسألة ٨٣١

هل تجب الشفعة للأخ والعم أو للأخ فقط

١٦٨٩٣ - قال أصحابنا : إذا مات الرجل وترك ابنين ودارًا فمات أحدهما وترك ابنين فباع أحدهما نصيبه فأخوه وعمه في الشفعة [سواء] [١] .

١٦٨٩٤ - وهذا أحد قولي الشافعي [٢] .

وله قول آخر : أن الأخ أولى [٣] .

وكذلك لو اشترى رجل نصف دار فاشترى اثنان نصفها فباع أحدهما فشريكه أولى من المشترى عنده [٤] .

١٦٨٩٥ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة للشريك الذي لم يقاسم » [٥]

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ . انظر كتاب الحجة على أهل المدينة للإمام محمد بن الحسن ط المعارف الشرقية بالهند (٨٣/٣) وعبارته قال أبو حنيفة في رجل يورث الأرض نفرًا من ولده فيكون بينهم ، ثم يولد لأحد النفر أولاد ، ثم يهلك الأب الثاني فيبيع أحد ولد الميت الثاني حقه في تلك الأرض : إن جميع الشركاء في الأرض شركاء في الشفعة ، ولا يكون أحدهم أحق بالشفعة من غيرهم ، لأنهم لم يقسموا . وبه قال الحنابلة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٢٤/٥) والشرح الكبير مع المغني (٥٤٣/٥) .

(٢) كتاب الأم (٣/٤) والحاوي الكبير (٢٥٥/٧) والمهذب (٣٨١/١) والتنبيه ص١١٨ وروضة الطالبين (١٠٠/٥) حلية العلماء (٣٠٠/٥) قال الشيرازي في المهذب : وإن ورث رجلان من أبيهما دارًا ثم مات أحدهما وخلف ابنين ، ثم باع أحد هذين الابنين حصته ، ففي الشفعة قولان : أحدهما : أن الشفعة بين الأخ والعم وهو الصحيح ، وقال الشاشي واختاره المزني : لأنهما شريكان للمشتري ، فالشركاء في الشفعة كما لو ملكاه بسبب واحد . والقول الثاني : أنها للأخ دون العم ؛ لأن الأخ أقرب إليه في الشركة ؛ لأنهما ملكاه بسبب واحد والعم ملك بسبب قبلهما .(٣) انظر المراجع السابقة في المواضع السابقة .

(٤) انظر الحاوي الكبير (٢٥٦/٧) وروضة الطالبين (١٠٠/٥ - ١٠١) وحلية العلماء (٣٠٠/٥ - ٣٠١) والمهذب (٣٨١/١) . قال الشيرازي : وإن كان بين ثلاثة أنفس دار ، فباع أحدهم نصيبه من رجلين وعفا شريكاه عن الشفعة ، ثم باع أحد المشترين نصيبه فعلى قولين ، أحدهما : أن الشفعة للمشتري الآخر ، لأنهما ملكاه بسبب واحد ، والشريكان الآخران ملكاه بسبب سابق لملك المشترين . والثاني : أنها بين الجميع لأن الجميع شركاء في حال وجوب الشفعة . وبه قال المالكية . انظر المدونة (٢٠٦/٣) والكافي (٤٤٠/٢) والخرشي (١٧٧/٦ - ١٧٨) ، والبيان والتحصيل لابن رشد الجد (٨٦/١٢) .

(٥) هذا جزء من الحديث الذي سبق تخريجه وبيان أقوال العلماء فيه ، إلا أنه ورد بلفظ آخر . وذكره بهذا اللفظ ابن عبد البر ، فقال : الشفعة في كل شرك لم يقسم . فأوجب الشفعة في المشاع وأبطلها في =

ولأنهم شركاء في نفس المبيع ، فكانوا شركاء في الشفعة كما لو ملكوا بسبب واحد [١] .

١٦٨٩٦ - ولأن العم لو باع نصيبه كان لكل واحد منهما الشفعة ، وكل شريكين ثبت لأحدهما الشفعة في نصيب شريكه ثبت لشريكه في نصيبه إذا [كانا] [٢] ملكا بسبب واحد .

١٦٨٩٧ - احتجوا : بأن الأخوين ملكا بسبب واحد ، فَمِلْكُ أحدهما إلى الآخر أقرب فكان أولى به ، كالشريك والجار [٣] .

١٦٨٩٨ - وقلنا : قرب الملك واحد وإن اختلف الأسباب ، والشفعة تجب بقرب الملك لا بأسبابه [٤] .

١٦٨٩٩ - قالوا : سببهما كالشيء الواحد بدلالة أن رجلاً لو أقام البينة أن أباهما غصبه أخذ نصيبه أونصيب عمهما ، فدل أنه كالشيء الواحد .

١٦٩٠٠ - قالوا : لو قُسمت الدار قسم للعم نصفها [ولهما نصفها] [٥] .

١٦٩٠١ - قلنا : لا نسلم ؛ لأن الواجب قسمة نصيب كل واحد منهم وإفراده عن نصيب الآخر ، فإن اختاروا جمع النصيبين ووقف ذلك على التراضي ؛ فيجوز أن يجمع نصيب الأخوين باختيارهما ، كما يجوز أن يجمع نصيب أحدهما إلى نصيب عمه باختياره .

* * *

= المقسوم . انظر التمهيد (٧/٥٠) . وقال ابن حجر في كتابه الدراية في تخريج أحاديث الهداية كتاب الشفعة (٢/٢٠٢) : لم نجده هكذا ، وإنما أخرجه مسلم من طريق أبي الزبير عن جابر قال : قضي رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شرك ربعة أو حائط . اهـ .

(١) المغني مع الشرح الكبير (٥/٤٢٥) .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٣) الحاوي الكبير (٧/٢٥٥) وعبارته : إن الأخ أحق بشفعة أخيه من العم لأمرين : أحدهما : أنهما اشتركا في سبب ملكه ، وتميز العم عنهما بسببه ، فكان الأخ لمشاركته في السبب أحق بشفعة أخيه من العم المفرد بسببه . والثاني : أن ملك الأخوين كان مجتمعًا في حياه العم وقد يجري عليه حكم الاجتماع بعد موت الأب ، ألا ترى أنه لو ظهر على الأب دين تعلق بالسهمين ولم يتعلق بسهم العم ؟ .

(٤) انظر هذا الدليل في المغني مع الشرح الكبير (٥/٥٢٥) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) . انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (٧/٢٥٥) .

هل الشفعة بين الشركاء على عدد الرءوس ام على مقادير الأنصبة ؟

١٦٩٠٢ - قال أصحابنا : الشفعة بين الشركاء على عدد الرءوس [١] .

١٦٩٠٣ - وهو أحد قولي الشافعي [٢] . وقال في القول الآخر : إنها على مقادير الأنصباء [٣] .

١٦٩٠٤ - لنا : قوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة للشريك الذى لم يقاسم » [٤] . وهذا يقتضى تعلقها باسم الشركة ، وقد تساووا في ذلك .

١٦٩٠٥ - ولأن كل واحد منهما لو انفرد استحق الجميع قَلَّ أو كثر بالسبب الذى يستحق به صاحبه ، وإذا اشتركا تساويا ، أصله ميراث الابنين وعكسه الدينين المتفاضلين .

---

(١) انظر كتاب الحجة (٨٥/٣) وبدائع الصنائع (٥/٥) والمبسوط (٩٧/١٤) ومختصر الطحاوي ص١٢١ (٢٥/٤) وتبيين الحقائق (٢٤١/٥) ، وبه قال الحنابلة في رواية واختاره ابن عقيل . المغني مع الشرح الكبير (٥٢٣/٥) .

(٢) مغني المحتاج (٣٠٥/٢) وحلية العلماء (٢٩١/٥ - ٣٠٠) والمهذب (٣٨١/١) وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري .

(٣) مغني المحتاج (٣٠٥/٢) والمهذب (٣٨١/١) جاء في مغني المحتاج : ولو استحق الشفعة جمع من الشركاء أخذوا بها في الأظهر على قدر الحصص من الملك ، فلو كانت الأرض بين ثلاثة لواحد نصفها ، ولآخر ثلثها ، ولآخر سدسها ، فباع الأول حصته ؛ أخذ الثاني سهمين ، والثالث سهمًا . وفي قول : أخذوا على قدر الرءوس التي للشركاء ، فيقسم النصف في المثال المذكور بين الشريكين سواء ، لأن سبب الشفعة أصل الشركة ، واختار هذا جمع من المتأخرين ، بل قال الإسنوي : إن الأول خلاف مذهب الشافعي . وبه قال المالكية انظر بداية المجتهد (٢٦٠/٢) والتفريع (٢٩٩/٢) والذخيرة (٣٣٣/٧) والكافي ص٤٤٤ . وعند الحنابلة هو الصحيح في المذهب ، واختاره أبو بكر . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٢٣/٥) والمبدع (٣١٣/٥) والإنصاف (٢٧٥/٦) . وقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين : الأول : أنها على قدر الرءوس ، وبه قال الحنفية والشافعية في قول ، وهو قول المزني والحنابلة في رواية . الثاني : أنها على قدر الحصص ، وبه قال المالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة في رواية ، وقالوا : هو الصحيح في المذهب . انظر المراجع السابقة في المواضع السابقة .

(٤) سبق تخريج الحديث .

١٦٩٠٦ - ولا يلزم الفارس والراجل [١] في الغنيمة [٢] ؛ لأن الفارس لا يستحق بالسبب الذي يستحق به الراجل ؛ لأن الفارس يستحق بنفسه وفرسه والراجل يستحق بنفسه .

١٦٩٠٧ - ولا يلزم إذا ترك مائة وعليه لرجل مائة ولآخر مائتان ؛ لأن صاحب المائة لا يستحق جميع التركةَ قلَّت أو كثرت .

١٦٩٠٨ - ولا يلزم العبد بجني جنايتين مختلفتين ؛ لأن ولي الجناية لا يستحق العبد وإنما يستحق الأرش ، وللمولى إسقاط ذلك عن نفسه بتسليم العبد ؛ فلم يصح أن يقال كل واحد منهم يستحق جميعه عند الانفراد .

١٦٩٠٩ - ولا يلزم الأب والابن والبنت وبنت الابن ؛ لأنهم لا يستحقون [بسبب واحد . ألا ترى أن الأبوة ليست البنوة ، والبنت تذكر به وبنت الابن تذكر بابنه فاختلف سببهما ؟ .

١٦٩١٠ - ولأنه مستحق] [٣] الشفعة فاستحق عند قلة النصيب ما استحقه عند كثرته . أصله : إذا انفرد .

١٦٩١١ - ولأنهما شريكان اشتركا في أخذ مشفوع ، فوجب أن يتساويا في قدر الاستحقاق . أصله : إذا اشترى نصيبها وانفرد أحدهما بالشركة في حق المبيع .

١٦٩١٢ - فإن قيل : نقلب فنقول : فوجب أن يستحقا بقدر نصيبه .

١٦٩١٣ - قلنا : لا نسلم ؛ لأن الشريك في الطريق استحق النصف ، وقد زادت شركته على شركة الآخر ، ولأنه قد ثبت لهما حق الملك ببيع مطلق فوجب أن يتساويا في التمليك ، كما لو وجب البيع لهما .

١٦٩١٤ - احتجوا : بأنه حق مستفاد بالملك ، فوجب أن يتقسط حال الاشتراك

---

(١) اتفق الفقهاء على أنه إذا كان المقاتل راجلاً يأخذ سهمًا واحدًا من الغنيمة . واختلفوا في مقدار استحقاق الفارس في الغنيمة : ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الفارس يستحق السهمين : سهم لفرسه ، وسهم له ، وذهب الصاحبان من الحنفية والإمام مالك والشافعي وأحمد إلى أن الفارس يعطي ثلاثة أسهم : سهمان بسبب فرسه ؛ وسهم بسبب نفسه . والسبب في اختلافهم اختلاف الآثار ومعارضة القياس للأثر ، انظر الاختيار (٣٢٦/٣) والهداية (١٤٦/٢) وبداية المجتهد (٣٩٤/١) والمهذب (٢٤٥/٢) والمغني مع الشرح الكبير (٤٣٤/١٠) .

(٢) الغنيمة لغة : مأخوذة من غنمت الشيء أغنمه غنمًا أي أصبته غنيمة ومغنمًا والجمع غنائم ، وهي ما يأخذه المسلمون من أموال الكفار . وفي الاصطلاح : اسم لما يأخذ من أموال أعدائهم على وجه القهر والغلبة . انظر المصباح المنير (٥٤٥/٢) ولسان العرب (٣٣٠٧/٥) وطلبة الطلبة ص١٨٨ والاختيار لتعليل المختار (٣٢٢/٣) .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

على قدر الملك كالثمار والنتاج وغلة العقار [١] .

١٦٩١٥ - قلنا : لا نسلم أنه حق يجب بالملك ، وإنما يجب بمعنى يوجد بوجود ملك مخصوص ، وهو خوف التأذي على وجه الدوام ، ولهذا تجب الشفعة للمكاتب ولا ملك له ، ولا يجب في العروض مع وجود الملك ؛ لفقد التأذى فيها على وجه الدوام .

١٦٩١٦ - وقولهم : المكاتب مستحق للشفعة بالملك وإن كان غير مالك لا يصح ، لأن المعتبر استحقاق المالك في الملك عندهم . لولا ذلك استحقت الشفعة بالوقف ، لأنه ملك ولكن لا مالك له .

١٦٩١٧ - فإن قال مخالفنا أن الشفعة تستحق بالملك لم نسلم له ، وإن قال بمعنى يوجد بوجود الملك ، قلنا لم يوجد في الأصل ، أويبطل بعبد بين ثلاثة ، لأحدهما النصف وللآخر السدس ؛ اعتق صاحب النصف والسدس نصيبهما معًا ؛ انتقل الثلث إليهما نصفين ولم يتقسط على قدر ملكهما .

١٦٩١٨ - فإن قالوا : الضمان ههنا بالجناية فتقسمها على عدد الجناة .

١٦٩١٩ - قلنا : لسنا نلزمكم الضمان ، وإنما نلزمكم انتقال نصيب صاحب الثلث إلى المعتقين ، والانتقال يوجد عند الشافعي قبل الضمان ، ثم يكون الضمان بقدر المنتقل .

١٦٩٢٠ - فلم يصح قولهم إنه ضمان متعلق بالجناية ثم قول مخالفنا ، فوجب أن يتقسط على قدر الملك عند الاشتراك . يقال له : إن أردت أنه يتقسط بقدر الملك عند الثبوت والوجوب لم يصح ؛ لأن كل واحد من الشريكين يثبت حقه في جميع الشقص .

١٦٩٢١ - وإنما ينتقص بالمزاحمة ؛ بدلالة أن أحد الشريكين لو ترك أخذ الآخر الجميع . وإن أراد الحق ثبت بقدر الملك عند المضايقة والمزاحمة ، لأن حق كل واحد من الشريكين من الثمار لم يثبت إلا في مقدار ملكه ، ولم يثبت له حق فيما يخص الآخر بمال . وهذه الطريقة هي الفرق . وذلك لأن الشفيعين كل واحد منهما ثبت حقه في جميع المشفوع بكل سببين متماثلين ، فتعلق حق كل واحد منهما بمثل ما تعلق به حق الآخر فتساويا ، والنماء بخلاف ذلك .

١٦٩٢٢ - ولأن الولد والثمر متولد من الملك فانقسم على قدره ، والشفعة تستحق بمعنى متساو يعتبر فيه الملك ، فصار كالوصية للجيران ، أن يكون صاحب القليل والكثير

---

(١) انظر المهذب (٣٨١/١) وعبارته « لأنه حق يستحق بسبب الملك فيتقسط عند الاشتراك على قدر الأملاك ، كأجرة الدكان ، وثمرة البستان ، وانظر أيضًا في المغني مع الشرح الكبير (٥٢٣/٥) .

سواء ، وإن اختلف ملكهما .

١٦٩٢٣ - قالوا : تخصيص الشفعة بالملك أقوى وآكد من تخصيص النماء ، بدلالة أن النماء يستحقه عن المالك بالوصية [به] [١] والشفعة لا تستحق إلا بقدر الملك ، فإذا كان النماء على قدر الملك فلأن تكون الشفعة على قدر الملك أولى [٢] .

١٦٩٢٤ - قلنا : يبطل بانتقال نصيب الشريك إلى المعتقين على ما قررنا ؛ فإنه يختص بالملك ثم لا ينتقل على قدر اختصاص الشفعة ، فلم يمنع أن يستحق بها عند الانفراد الجميعُ ؛ فالنماء الذي يختص بالملك لا يستحق فيه الجميع فكذلك عند الاجتماع لا يمنع أن يستحق الشقص [٣] [و] [٤] المشفوع مالا يستحق من النماء [٥] والغلة .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٢) انظر المغني مع الشرح الكبير (٥/٥٢٣) .

(٣) في (ع) ، (م) : [النقص] .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) في (ن) : [الثمار] .

هل تسقط الشفعة بموت الشفيع

١٦٩٢٥ - قال أصحابنا : إذا مات الشفيع سقطت شفعته ، ولم تنتقل إلى وارثه [١] .

١٦٩٢٦ - وقال الشافعي رحمه الله : تنتقل إلى وارثه [٢] . ونقل المزني : أنها بينهم على عدد الرءوس : الزوجة والابن سواء [٣] .

١٦٩٢٧ - وقال ابن سريج والمروزي [٤] : تنتقل على قدر مواريثهم [٥] .

١٦٩٢٨ - لنا : أنه خيار الاستحقاق بالثمن ، فوجب أن لا يورث ، كخيار القبول

---

(١) مختصر الطحاوي ص١٢٣ والمبسوط (١١٦/١٤) والهداية (٣٨/٤) وتبيين الحقائق (٢٥٧/٥) وبدائع الصنائع (٢٢/٥) والفتاوى الهندية (١٩٨/٥) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٥٧/٧) والمهذب (٣٨٣/١) ومختصر المزني (٥٢/٣) وروضة الطالبين (١٠١/٥) . وبه قال المالكية . انظر بداية المجتهد (٢٦٣/٢) والذخيرة (٢٧٥/٧) والكافي ص٤٤٣ . أما قول الحنابلة : فعندهم تفصيل ، فقالوا : إن الشفيع إذا مات قبل الأخذ بها لم يخل من حالين : أحدهما : أن يموت قبل الطلب بها فتسقط ، ولا تنتقل إلى الورثة ، قال الإمام أحمد : الموت يبطل الشفعة إذا لم يطالب ، فلا تجب إلا أن يشهد أني على حقي من كذا وكذا ، فإن مات بعدها كان لوارثه الطلب به . وخرج أبو الخطاب بأنه يورث . والحال الثاني : إذا طالب بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثه قولًا واحدًا . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٣٦/٥ - ٥٣٧) والشرح الكبير مع المغني (٥١٦/٥ - ٥١٧) والمبدع (٢٢٢/٥ - ٢٢٣) والإنصاف (٢٩٧/٦) .

(٣) قال الشافعي رضي الله عنه : لورثة الشفيع أن يأخذوا ما كان يأخذ أبوهم بينهم على العدد ، امرأته وابنه في ذلك سواء ، قال المزني : هذا يؤكد ما قلت أيضًا ، انظر مختصر المزني (٥٢/٣) والحاوي الكبير (٢٥٧/٧) .

(٤) في جميع النسخ المزيدي . الصواب ما أثبتناه وقد سبق ترجمته .

(٥) هذا هو القول الثاني : أنها مقسمة بينهم على قدر مواريثهم ، للزوجة ثمنها ، وللابن الباقي . وهذا إذا كان موت الشفيع قبل البيع . وإن كان موت الشفيع بعد البيع فقد ملك الشفعة بالبيع ، وانتقلت عنه بالموت إلى ورثته ، ويستوي فيها الوارث بنسب وسبب ، وهي بينهم على قدر مواريثهم للزوجة الثمن والباقي للابن قولًا واحدًا . هذا ما قاله الماوردي في الحاوي الكبير (٢٥٩/٧) . وقال الشاشي في حلية العلماء (٣١٦/٥ - ٣١٧) : إن مات الشفيع بعد الأخذ فمن أصحابنا من قال : يرثون الشفعة على حسب فروضهم من التركة قولًا واحدًا ، وإن مات قبل الأخذ فمن أصحابنا من قال يكون على عدد الرءوس ومنهم من قال على قدر الأنصباء .

في البيع والتولية .

١٦٩٢٩ - ولأنه خيار لاستجلاب مال كخيار القبول . ولا يلزم خيار العيب ، لأ[نه] يثبت لاستدراك السلامة .

١٦٩٣٠ - ولأنه خيار تملك كخيار القبول وخيار المخيرة .

١٦٩٣١ - فإن قيل : المعنى في خيار القبول أنه ليسَ بثابت ، بدلالة أن من أوجب يملك أن يرجع عنه [١] ، وخيار الشفعة ثابت ، بدلالة أن من ثبت عليه لا يملك إسقاطه .

١٦٩٣٢ - قلنا : خيار الشفعة ليس بثابت بدلالة أنه يبطل بالسكوت وبزوال ملكه عن الشقص الذى به شفع ، فإن فرقوا بالثبوت لم نسلم ذلك ، فإنهم ذكروا إحدى علامات الثبوت ، وإن جعلوا التفسير فرقًا ، فقالوا : الشفعة لا تملك من يثبت عليه إسقاطها . قلنا باطل بالرد بالعيب [٢] .

١٦٩٣٣ - لأن البائع يملك إسقاطه بأن يجنى على المبيع في يد المشتري ، ومع ذلك ينتقل إلى الوارث ، ولا تملك المرأة إسقاط حق الزوج عن بُضْعها ، ولا يورث .

١٦٩٣٤ - ولأن الوارث لا يستحق الشفعة حال إبرام العقد فلم يستحق له بذلك العقد أبدًا ، أصله وارث الجار والموصى له .

١٦٩٣٥ - ولأن الشقص الذي تثبت به الشفعة كان ملكًا لغيره ، فلم يستحق هذه الشفعة . أصله المشتري والموصى له . ولأن الوارث أخذها لنفسه ، فملكه حادث ، كملك الموصى له ، وإن أخذها للميت فقد زال ملك الميت عما يشفع به ، فصار كمن باع نصيبه بعد وجوب الشفعة .

١٦٩٣٦ - فإن قيل : لا يستحق الوارث لجوار مستحدث ، وإنما ترك الدار بحقوقها .

١٦٩٣٧ - قلنا : فالسؤال باق ، إلا أنا نقول : إذا ورث هذا الحق لم يحل أن يأخذها لنفسه وللميت .

---

(١) هكذا في (ص) وفي باقي النسخ عليه . والصواب ما أثبتناه كما في (ع) ، (م) ، (ن) .

(٢) قال الماوردي فأما الجواب عن قياسهم على خيار البدل والقبول فهو : أنه منتقض بخيار الرد بالعيب ، ثم خيار البدل والقبول يجوز أن يورث ، لولا أنه مستحق على الفور ، فكان بطلان ميراثه لتراخي زمانه لاستحقاق إرثه ، ثم المعنى في خيار القبول أنه لما لم يجز أن يستنيب المبدول له من يقبل عنه لم ينتقل إلى ورثته ، ولما جاز أن يستنيب الشفيع من يطالب عنه انتقل إلى وارثه . انظر الحاوي (٢٥٨/٧) .

١٦٩٣٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾ (١) .

١٦٩٣٩ - قلنا : الشفعة تسقط بالموت فلا تكون متروكة (٢) .

١٦٩٤٠ - قالوا : كل ما كان للإنسان إلى حين موته ، إما أن يبقى ، أو ينقل إلى وارثه (٣) .

١٦٩٤١ - قلنا : بضع المرأة لم يبق على ملكه ولا انتقل إلى وارثه . وتصدق الإمام كان حقًّا [له] (٤) إلى حين موته مستقر بدلالة أن المسلمين لا يملكون فسخه ولم يبق له بعد موته / ولا انتقل إلى وارثه .

١٦٩٤٢ - وحق الرجوع في الهبة كذلك ، ونفي نسب ولده كان حقًّا إلى حين الموت ، ولم يبق على ملكه ، ولا انتقل إلى وارثه .

١٦٩٤٣ - قالوا : خيار ثابت لدفع الضرر عن ماله (٥) ، فوجب أن يقوم الوارث مقام مورثه فيه ، كخيار العيب (٦) .

١٦٩٤٤ - قلنا : لا نسلم أنه خيار ثابت على ما قدمنا ، ولأن خيار العيب يثبت للمشتري ، وبعد موته يسبق فيه الوارث .

١٦٩٤٥ - ألا ترى أنه إذا تعذر الرد أخذ الأرش ، وقضيت منه ديونه ، ونفذت وصاياه ، فلذلك لم يؤثر الموت فيه .

١٦٩٤٦ - وخيار الشفعة لا يسبق فيه الوارث للميت ، بدلالة أنه لا يقضي بالشقص ديونه ؛ ولا ينفذ فيه وصاياه ، فعلم أن الوارث يأخذ لنفسه ، ولم يثبت له هذا الحق بالعقد ، فلا يثبت بعده .

١٦٩٤٧ - ولأن خيار العيب فيه [معنى] (٧) المال ، بدلالة أنه يسقط حكمًا ولا يجب المال عند سقوطه ؛ فلم يورث كالوكالة ، والمضاربة .

---

(١) سورة النساء : الآية ١٢ . انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (٢٥٧/٧) والذخيرة (٢٧٥/٧) .

(٢) يجاب بأن سقوط الشفعة بالموت محل خلاف فلا يصح الجواب به .

(٣) انظر هذا المعنى في المهذب (٣٨٣/١) وعبارته : « لأنه قبض استحقه بعد البيع ، فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع » .

(٤) هكذا في (ن) ، وساقط من باقي النسخ .

(٥) في (ع) : [خيار ثابت لدفع الضرر بماله] ، وفي (م) : [خيار ثابت عن دفع الضرر لماله] .

(٦) انظر المهذب (٣٨٣/١) وعبارته : « ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث ، كالرد بالعيب » .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

١٦٩٤٨ - قالوا : من ورث مالًا ورثه بحقوقه ؛ بدلالة أن من ورث أرضًا ورثها بحقوقها ، ومن ورث دينًا به رهن ورث الرهن ، وكذلك لما ورث الشقص ورثه بحقه الذي هو الشفعة [1] .

١٦٩٤٩ - قلنا : لا نسلم أن الشفعة من حقوق الشقص وإنما هو يثبت للمالك بسبب الملك ، كما ثبت له جواز التصرف فيه .

١٦٩٥٠ - وأما حقوق الدار فهي ملك لصاحبه فيورث كنفس الدار ، وأما الرهن والكفالة ففيهما معنى المال ؛ لأن الرهن يستوفى الدين منه عند الفلس ، والكفيل يؤخذ المال منه .

١٦٩٥١ - والحقوق التي فيها معنى المال تورث ، وحق الشفعة ليس فيه معنى المال . وإنما هو سبب للتملك بعوض [كالقبول] في الشراء [والإقالة] [2] .

١٦٩٥٢ - قالوا : الشفعة لإزالة الضرر كالقصاص ، ثم ثبت أن القصاص يورث . كذلك الشفعة [3] .

١٦٩٥٣ - قلنا : القصاص فيه معنى المال ، بدلالة أنه إذا سقط بشبهة وجب المال ، وحق الشفعة بخلاف ذلك .

١٦٩٥٤ - قالوا : الشفعة تعلقت بشقصين : المبيع ، والمشفوع ، ثم انتقال الملك إلى وارث المشتري لا يسقط الشفعة ، كذلك انتقال الشقص المشفوع لا يسقط الشفعة [4] .

١٦٩٥٥ - قلنا : الشفعة حق [على] [5] المشتري ، وليس إذا لم يسقط الحق بموت من عليه الحق لم يسقط بموت المستحق ، كما أن الأجل يسقط بموت المستحق له ولا يسقط بموت صاحب الدين .

---

(١) الحاوي الكبير (٢٥٧/٧) وعبارته : ولأن الشفعة من حقوق الملك ؛ فوجب أن تكون موروثة مع الملك كطرق الأملاك ومرافقها ، والرهن في الديون وضمانها .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبته كما في (ن) .

(٣) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٥٨/٧) .

(٤) لم نعثر على هذا الدليل في كتب الشافعية ، ثم إن الشفعة لم تتعلق إلا بشقص واحد ، وهو المبيع أو المشفوع ؛ لأن المبيع هو المشفوع ، والمشفوع هو المبيع إلا أنه انتقلت الملكية بموت صاحبه إلى ورثته عنه ثم يقولون به . وهناك دليل آخر ذكره الماوردي في الحاوي وهو : وما سقط به التكليف لم تبطل به الشفعة كالجنون . انظر الحاوي الكبير (٢٥٧/٧) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

١٦٩٥٦ - ولأن زوال ملك المشتري بالبيع لا يسقط الشفعة عنه ، فكذلك انتقال الملك بموته . ولما سقطت الشفعة زال ملك الشفيع في حال حياته ، كذلك إذا زال بموته .

١٦٩٥٧ - فإن قيل : إذا باع فقد رضي بإسقاط حقه فسقط بإسقاطه ، وإذا مات فلم يرض بإسقاطه حقه فلم يسقط .

١٦٩٥٨ - قلنا : لو زال ملكه في حال حياته بغير اختياره ، مثل أن يبيعها الحاكم سقطت الشفعة ، وإن كان لم يرض بإسقاط حقه .

* * *

حكم تلف الشقص المشفوع

١٦٩٥٩ - [قال] (١) أصحابنا : إذا انهدم البناء وَحَدَثَ النقص بآفة من السماء [أو] (٢) احترق فالشفيع بالخيار : إن شاء أخذ الباقي بكل الثمن ، وإن شاء تركه ، فإن ذهب بفعل آدمي أخذها الشفيع بحصتها إن شاء ، ولا يأخذ البناء المنقوض (٣) .

١٦٩٦٠ - واختلف قول الشافعي رحمه الله في هذا (٤) ، فاختلف أصحابه في توجيه قوله على طرق (٥) ، إلا أن ظاهر مذهبه إذا احترق البناء أنه على قولين :

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) [والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ الثلاثة] .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٣) الهداية (٣٣/٤) وتبيين الحقائق (٢٥١/٥) والمبسوط (١١١/١٤ - ١١٢) وبدائع الصنائع (٢٨/٥) . وبه قال أبو عبد الله بن حامد من الحنابلة . المغني مع الشرح الكبير (٥٠٣/٥) .

(٤) الحاوي الكبير (٢٦٥/٧) وروضة الطالبين (٨٩/٥) والمهذب (٣٧٨/١) ففي الحاوي قال الشافعي : لو أصابها هدم من السماء : إما أخذ الكل بالثمن ، وإما ترك . قال الماوردي : وصورتها في رجل اشترى شقصًا من دار فانهدمت بجائحة أو جناية أو شقصًا من أرض فأخذ السيل بعضها ، فالذي نقله المزني ههنا وقاله في القديم وفي كتاب التفليس من كتبه الجديدة : إن الشفيع مخير بين أن يأخذ الباقي بجميع الثمن أو يدع ، وقال الشافعي في القديم : يأخذ الباقي بحصته من الثمن .

(٥) قال الماوردي واختلف أصحابنا في اختلاف هذين النقلين على خمسة مذاهب :
أحدها وهو قول أبي طيب بن أبي سلمة وأبي حفص بن الوكيل : أن المسألة لاختلاف النقل على قولين : أحدهما : أن يأخذ الباقي بجميع الثمن كالعبد المبيع إذا ذهبت عينه في يد البائع بجائحة أو جناية ، كان للمشتري إذا اختار الإمضاء أن يأخذه بجميع الثمن ، كذلك حال الشفعة . القول الثاني : أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن ؛ لأن ما تناولته الصفقة بالثمن مقسط على أجزائه ، كما لو اشترى مع الشقص سيفًا أخذ بحصته من الثمن . المذهب الثاني : هو مذهب أبي العباس بن سريج وأبي اسحاق المروزي أنه يأخذ الباقي بحصته من الثمن قولاً واحدًا المذهب الثالث هو قول ابن على بن أبي هريرة : بأنه محمول على اختلاف حالين ، فالموضع الذي يأخذه بكل الثمن إذا ذهبت الآثار وكانت أعيان الآلة والبناء باقية ، والموضع الذي يأخذه بحصته من الثمن ، إذا كانت أعيان الآلة والبناء تالفة . المذهب الرابع : أنه محمول على اختلاف حالين من غير هذا الوجه ، فالموضع الذي يأخذه بكل الثمن إذا هدمه بفعل آدمي ، والموضع الذي يأخذه بحصته من الثمن ، إذا كان هدمه بجائحة سماوية . لأنه في هدم الآدمي قد يرجع عليه بأرش النقص ، فلذلك أخذها بجميع الثمن ، وفي جائحة السماء ليس يرجع بأرش النقص ، فلذلك أخذها بحصته من الثمن . المذهب الخامس : أنه على اختلاف حالين من غير هذا الوجه ، فالموضع الذي يأخذه بكل الثمن إذا كانت العرصة باقية ، وإن تلفت الآلة والموضع الذي يأخذه بحصته من الثمن إذا ذهبت بعض العرصة بسيل أو غرق ؛ لأن العرصة المغصوبة والآلة تتبع . انظر الحاوي (٢٦٥/٧ - ٢٦٦) .

١٦٩٦١ - أحدهما : يأخذ الباقي بكل الثمن . والآخر : يأخذ بحصته .

ومنهم من قال : إذا هدمه آدمى على قولين .

١٦٩٦٢ - واختلفوا في الأنقاض ، فمنهم من قال : يأخذها مع العرصة بالشفعة .

١٦٩٦٣ - ومنهم من قال : لا يأخذها .

١٦٩٦٤ - وقال الشافعى متكلمًا عن أبي حنيفة رحمه الله : إن ذهب بفعل آدمى أخذه بالحصة ، وإن ذهب بآفة سماوية أخذه بكل الثمن ، ثم ناقض هذا فقال : وإن غرقت بعض العرصة أخذ الباقي بكل الثمن أو تركه [١] .

١٦٩٦٥ - الدليل على أن الشفيع لا يأخذ النقض : أنه منقول منفصل عن المشفوع ، فلا يؤخذ [٢] بالشفعة كالثمرة إذا انفصلت .

١٦٩٦٦ - وإنما قلنا إنه يأخذ بكل الثمن إذا ذهب بآفة من السماء أنه نقص حصل بغير فعل آدمي ، فأشبه إذا دخله في يد المشتري عطب بتشقيق الحيطان أو وهن السقوف .

١٦٩٦٧ - ولأنه يأخذها بالثمن الآجل فلم يحطّ عنه شيء لنقصٍ بغير فعل آدمى . أصله المشتري تولية .

١٦٩٦٨ - واعتمد أصحابنا في هذا على المبيع في يد البائع ، فقال مخالفنا : هو على قولين أيضًا [٣] .

١٦٩٦٩ - والدليل على أن البناء [إذا هلك] [٤] بفعل المشتري أو أجنبي سقطت

---

(١) وذهب المالكية إلى أنه لا يضمن المبتاع للشفيع ما حدث عنه من هدم أو حرق أو غرق أو ما غار من بئر أو عين ، ولا يحط الشفيع بذلك شيئًا من الثمن لئلا تتفرق الصفقة ولا ضرر عليه ، لأنه يخير : إما يأخذ بجميع الثمن ، أو يترك ، وكذلك لو هدم المبتاع البناية ليبنيه أو يوسع فيه : فإما أخذه مهدومًا مع نقضه بالثمن ، أو يترك لئلا يتضرر المبتاع بغير عوض يحدث له . انظر الذخيرة (٣٥٧/٧ - ٣٥٨) والمنتقى (٢١٢/٦) وحاشية الدسوقي (٤٩٤/٣) . وذهب الحنابلة إلى ما ذهب إليه الشافعية في قول أنه إذا تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري أو بعضه في يد المشتري فهو في ضمانه لأنه . مِلْكه تلف في يده ، ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن ، سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي ، وسواء تلف باختيار المشتري كنقضه للبناء ، أو بغير اختياره مثل : أن انهدم . ثم إن كانت الأنقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة ، وإن كانت معدومه أخذ العرصة وما بقي من البناء . هذا ظاهر كلام أحمد في رواية . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٠٣/٥) والمبدع (٢١٦/٥) والكافي (٤٣١/٢) .

(٢) هكذا في (ص) وفي باقي النسخ فلا يؤخذ مبني للمجهول .

(٣) انظر الحاوي الكبير (٢٦٥/٧ - ٢٦٦) . (٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) .

حصته ، أن العقد يتناول شيئين ، فإذا أخذ الشفيع أحدهما لم يبق الباقي للمشتري بغير شيء . أصله : إذا اشترى شقصًا وثوبًا .

١٦٩٧٠ - ولأن المشتري أتلف بعض المبيع ؛ فكان للشفيع أخذ الباقي بالحصة . أصله : إذا أكل الثمرة .

١٦٩٧١ - احتجوا على أنه يأخذ الباقي بالحصة : أنه أَخَذَ بالشفعة بعض ما تناوله الصفقة فَوَجَبَ أن يكون بالحصة من الثمن ، كما لو اشترى شقصًا وسيفًا [١] .

١٦٩٧٢ - قلنا : لا نسلم أن للبناء حصة بالعقد ، وإنما الثمن في مقابلة العرصة [٢] والبناء لا حصة لها ، ولا يقابلها عوض إلا أن ينفصل بفعل مضمون . وإن كان جميع الثمن في مقابله العرصة لم يصح قولهم أنه يأخذها بالحصة ولا حصة هناك منقسمة ، وإنما الثمن كله في مقابلة العرصة . وأصلهم : إذا ابتاع شيئين وهلك أحدهما فالثمن ينقسم عليهما . وهنا البناء تابع ، فالبدل في مقابلة المشفوع دون البيع .

١٦٩٧٣ - قالوا : الشفيع يأخذ بما قابل المبيع من الثمن [٣] .

١٦٩٧٤ - قلنا : كذلك نقول في الثمن كله مقابل للعرصة ، فقد قلنا بموجب كلامهم .

١٦٩٧٥ - قالوا : الدليل على أن يأخذ الأنقاض أنه يقبلها بالثمن الذي وقع المبيع عليه والاستحقاق وجب [له ضمن] [٤] العقد ، فكان له أخذ كل ما يتناوله عقد البيع [٥] .

١٦٩٧٦ - قلنا : الأبنية متعلق بها الشفعة لاتصالها بالعرصة ، فإذا انهدمت زال المعنى الذى أوجب استحقاقها فصارت كالمقبوض حال العقد .

١٦٩٧٧ - وما قاله الشافعي رحمه الله مناقضة على صورة المسألة ، ويجب أن تكون المناقضة على معنى . فأما قوله : إذا غرقت بعض العرصة أخذ الباقى بالحصة فهو سهو منه ؛ لأن

---

(١) انظر هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٦٦/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٥٠٤/٥) والمهذب (٣٧٨/١) .

(٢) العرصة ساحة الدار ، وهي بقعة واسعة ، ليس فيها بناء ، والجمع عراص ، مثل كلبة وكلاب وعرصات ، مثل سجدة وسجدات . قال أبو منصور الثعالبي في كتابه فقه اللغة : كل بقعة ليس فيها بناء فهي عرصة . وفي التهذيب : سميت ساحة الدار عرصة ، لأن الصبيان يتعرصون فيها أي يلعبون ويمرحون فيها . انظر المصباح المنير (٥٥٠/٢) والصحاح للجوهري (١٠٤٤/٣) فصل العين باب الصاد ، لسان العرب (٢٨٨٣/٤) .

(٣) المهذب (٣٧٨/١) وعبارته لأن الذي يقابل الثمن أجزاء العين وهي باقية وإن تلفت بعض الأجزاء من الآجر والخشب أخذه بالحصة ؛ لأنه تلف بعض يقابله الثمن ، فأخذ الباقي بالحصة .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٠٤/٥) .

العرصة لا تذهب بالفرق ، وهو مخير عندنا : إن شاء أخذ بجميع الثمن ، وإن شاء ترك [١] .

• • •

(١) انظر المبسوط (١١١/١٤ - ١١٢) والحاوي الكبير (٢٦٦/٧) .

مسألة ٨٣٥

حكم ما لو بنى المشتري أو غرس في الشقص الذي اشتراه

١٦٩٧٨ - قال أصحابنا : إذا بنى المشتري أو غرس كان للشفيع نقض البناء والغرس [أو أخذ المبيع بالثمن] (١) ، وإن شاء غرم له قيمة البناء والغرس مقلوعًا وأخذه (٢) .

١٦٩٧٩ - وقال الشافعي : الشفيع بالخيار : إن شاء أخذ بالثمن وبقيمة البناء والغرس ، وإن شاء ألزم المشتري القلع بشرط أن يضمن له النقصان ، وإن شاء ترك الشفعة (٣) .

١٦٩٨٠ - لنا : أن الشفيع له حق في استحقاق يد المشتري بعد البناء والغرس بغير رضائه ، ولا رضا من قام مقامه ، فوجب أن يكون له نقض البناء وقلع الغرس من غير ضمان . أصله : المستحق .

١٦٩٨١ - ولا يلزم المقبوض على وجه بيع فاسد إذا بنى فيه . ومن اشترى دارًا بعبد

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ ، فيأخذ الأرض فارغة . انظر التبيين (٢٥٠/٥) .

(٢) مختصر الطحاوي ص١٢٣ والمبسوط (١١٤/١٤) وتبيين الحقائق (٢٥٠/٥) والهداية (٣٣/٤) . قال المرغيناني : وإذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضي للشفيع فيها بالشفعة فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس ، وإن شاء كلف المشتري قلعه .

(٣) الأم (٢٣٤/٣) ومختصر المزني مع الأم (٥٢/٣) وحلية العلماء (٢٧٦/٥ - ٢٧٧) والمهذب (٣٨٢/١) والحاوي الكبير (٢٦٦/٧ - ٢٧٧) وروى أصحاب الإملاء عن الإمام أبي يوسف مثل قول الشافعي ، وبه قال الإمام مالك ، والإمام أحمد . انظر الهداية (٣٣/٤) والمبسوط (١١٤/١٤) وتبيين الحقائق (٢٥٠/٥) . وبداية المجتهد (٢٦٤/٢) وحاشية الدسوقي (٤٩٤/٣) والمغني مع الشرح الكبير (٥٠٠/٥ - ٥٠١) والإنصاف (٢٩٢/٦) ففي المبسوط روي أصحاب الإملاء عن أبي يوسف أن الشفيع لا ينقض بناء المشتري ، ولكنه يأخذ بالثمن وقيمة البناء مبنيًا إن شاء . وفي بداية المجتهد : إذا أحدث المشتري بناء أو غرس ما يشبهه في الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع يطلب شفعة فلا شفعة ، إلا أن يعطي المشتري قيمة ما بنى وما غرس . وقال ابن قدامة : إذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، إلا أن يشاء المشتري أن يأخذ بناءه ، فله هذا ، إذا لم يكن في أخذه ضرر . وسبب اختلاف العلماء في هذه المسألة كما قال ابن رشد : هو تردد تصرف المشفوع عليه تصرف الغاصب ، وتصرف المشتري الذي يطرأ عليه الاستحقاق ، وقد بنى في الأرض وغرس . وذلك أنه وسط بينهما ، ثم من غلب عليه شبه التعدي قال إنه يأخذه بنقضه ، أو يعطيه قيمته منقوضًا . انظر بداية المجتهد (٣٦٤/٢) .

نبنى فيها ، ثم أصاب بائع الأرض بالعبد عيبًا فرده ، لأن ههنا يثبت له حق في استحقاق اليد بعد البناء .

١٦٩٨٢ - فإن قيل : المعنى في المستحق أنه غرس في ملك غيره . وههنا غرس في ملكه الذي يملك بيعه .

١٦٩٨٣ - قلنا : علة الأصل تبطل على مذهبك بالمستأجر والمستعير ، وعلة الفرع لا تصح ؛ لأنه وإن بنى في ملكه فهو في حكم من بنى في ملك غيره في استحقاق يده ، كذلك في نقض تصرفه .

١٦٩٨٤ - فإن قيل : إذا استحقت الأرض فقد تعدى في التصرف .

١٦٩٨٥ - قلنا : المشتري إذا بنى ولم يعلم فغير [1] متعد .

١٦٩٨٦ - فإن قيل : المستحق يقلع الزرع ، [والشفيع] [2] لا يقلع الزرع فلم يقلع الغرس .

١٦٩٨٧ - قلنا : الشفيع يقلع الزرع ، عندنا في الباقى ، والكلام ليس هو في أوقات القلع وإنما هو في وجوب القلع . ولأنه تصرف في المبيع مع تعلق حق الشفيع به فكان تصرفه كالتصرف في ملك الغير ، أصله إذا باع . ولا يلزم إذا زرع ؛ لأن تصرفه كالتصرف في ملك الغير ، بدلالة أن يترك في الأرض بالأجرة .

١٦٩٨٨ - ولأنه تصرف يلزم الشفيع زيادة لم يوجبها البيع ، فكان له الأخذ من غير التزام [بشيء] [3] . أصله : الزيادة في الثمن .

١٦٩٨٩ - ولأن كل من لو تصرف في ملكه بالبيع كان للغير نقضه إذا تصرف فيه بالبناء كان له المطالبة بنقضه من غير ضمان . أصله الراهن إذا بنى في الرهن وقيمة الأرض إذا قلع البناء أكثر وهي لا [تفي] [4] بالدين مع نقصانها .

١٦٩٩٠ - فإن قيل : الراهن ليس له التصرف بالبناء فكذلك القلع .

١٦٩٩١ - قلنا : يبطل إذا كان البناء لا ينقص الأرض وعلة الفرع لا تصح ؛ لأن المشتري وإن ملك البناء فإنه يملك شرط إسقاط الشفيع لحقه ، بدلالة أنه لو طالبه / وخاصمه لم يملك البناء ، فإذا قضى له فلم يوجد الشرط الذي أبيح البناء لأجله فصار

ب

---

(1) في (ن) : [ليس] .
(٢ ، ٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .
(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

كمن تصرف وليس له حق التصرف .

١٦٩٩٢ - ولأنه تصرف من المشتري في المشفوع ليس له مدة ينتهي إليها ، فكان للشفيع نقضه كالبيع .

١٦٩٩٣ - احتجوا : بأنه غرس ملكه في ملكه الذي يُمْلَكُ بالبيع [1] فوجب أن لا يجبر على قلعه ، كما لو غرس في ملك له مطلق ، أو الموهوب له إذا غرس [2] .

١٦٩٩٤ - قلنا : الحكم لا يصح ، لأنه [لا] [3] يجبر على قلعه بإجماع [4] .

١٦٩٩٥ - وإنما الخلاف هل من شرط القلع الضمان [5] ؟ فإن أطلقت الحكم [لا يصح لأنه يجبر على قلعه] [6] وهو موضع الإجماع ، وإن شرطت لم يوجد الوصف في الأصل . والمعنى في الملك المطلق أن حق الغير لا يثبت في استحقاق يده من غير رضائه ولا رضاء من يقوم مقامه ، فجاز أن يستحق قلع غرسه بغير ضمان .

١٦٩٩٦ - والمعنى في الهبة أن الغرس لا يقع بشرط ضمان النقصان ، فلم يقلع من غير ضمان .

١٦٩٩٧ - وفي مسألتنا حق القلع ثابت من غير عذر ، فلم يقف على ضمان النقصان .

١٦٩٩٨ - قالوا : غرس من غير متعد فلا يجوز قلعه مع الإضرار من غير رضاء .

---

(١) في (ع) ، (م) ، (ن) : [بيعها] .

(٢) الحاوي الكبير (٢٦٧/٧) وعبارته : « ولأن من بنى في ملكه لم يكن جواز انتزاعه من يده موجبًا لتعديه ونقض بنائه ، كالموهوب له إذا غرس ، ورجع الواهب في هبته » .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من جميع النسخ ، والسياق يقتضيه .

(٤) قال الماوردي في الحاوي الكبير (٢٦٧/٧) : « ولا يجبر المشتري على قلعه ، لأنه بناه غير متعد . وقيل للشفيع إن شئت فخذ الشقص بثمنه وبقيمة البناء قائمًا » .

(٥) ذهب الإمام أبو حنيفة أنه لا يرجع المشتري بقيمة البناء والغراس . وهي رواية عن الإمام محمد ، معناه كما قال الزيلعي : لا يرجع بما نقص بالقلع . وروى بشير بن الوليد والحسن بن زياد عن أبي يوسف : « أن الشفيع يرجع على المشتري بقيمة البناء ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد أن الشفيع يضمن للمشتري قيمة ما نقص بالقلع . وجه قول أبي يوسف ومن معه قول النبي ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » ولا يزول الضرر عنها إلا بذلك . ووجه قول الإمام أبي حنيفة هو الفرق بينه وبين المشتري ، لأن المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ، ولا غرور للشفيع من جهة المشتري ، لأن الشفيع أخذها منه قهرًا قياسًا على الجارية . انظر تبيين الحقائق (٢٥١/٥) وبداية المجتهد (٢٦٥/٢) والمهذب (٣٨٢/١) والمغني مع الشرح الكبير (٥٠١/٥) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

أصله المستعير للغرس مدة مؤقتة .

١٦٩٩٩ - قلنا : هناك وُجِدَ ممن يثبت له القلع غرورًا بالغارس ، فيضمن النقصان بالغرور وهذا المعنى [ليس] [١] موجودًا في الشفيع .

١٧٠٠٠ - قالوا : الأرض والغرس مملوك الرقبة والمنفعة ، ويده ثابتة عليه بحق ، فوجب أن لا يقلع بناؤه مع الإضرار . أصله : الصداق [٢] .

١٧٠٠١ - قلنا : المعنى فيه أنه مال مملوك بالمناكحة ، فلم يملك الشريك [٣] الاعتراض فيه كالميراث .

١٧٠٠٢ - وفي مسألتنا عقار مملوك بالبيع ، فملك الشفيع المطالبة بنقض البناء الحادث ، كما لو بنى بعد المخاصمة .

١٧٠٠٣ - قالوا : من لا يقلع زرعه لا يقلع غرسه ، كالزوجة في الصداق .

١٧٠٠٤ - قلنا : لا نسلم ؛ فإن الزرع عندنا يقلع إذا لم يبذل صاحب [٤] الزرع الأجرة . والمعنى في الصداق [ما] ذكرنا] [٥] .

١٧٠٠٥ - قالوا : حق الشفيع لا يملك به إجبار المشتري على قلع ما أحدثه . أصله إذا زرع [٦] .

١٧٠٠٦ - قلنا : حق الشفعة يوجب قلع المستحدث باتفاق [والكلام في شرط الضمان ولأن الزرع مستحق القلع] [٧] إلا أن له مدة ينتهي إليها ، فأقررناه بأجرة حتى يوفى كل واحد منهما حقه ، وهذا لا يوجد في الغرس .

١٧٠٠٧ - قالوا : روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « ليس لعرق ظالم حق » دليله أن عرق غير الظالم له حق [٨] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٢) انظر هذا المعنى في المغني مع الشرح الكبير (٥/٥٠١) .

(٣) هكذا في (ص) [وفي باقي النسخ الشفيع] .

(٤) في (ص) : [صاحبه والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ الثلاثة] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٦) انظر تبيين الحقائق (٥/٢٥٠) وعبارته : « كما إذا زرعها المشتري ، فإن كل واحد منهم لا يكلف القلع، لتصرفه في ملكه ، فكذا المشتري في المشفوعة ، ولهذا لا يكلف قلع الزرع » .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٨) وقال ابن قدامة : فإنه غير ظالم فيكون له حق . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥/٥٠١) .

١٧٠٠٨ - قلنا : ذلك يقتضي ثبوت الحق لعرق واحد ، ولا يقتضي العموم . وعندنا ههنا له حق فسقط التعلق بالدليل .

• • •

الشفعة فيما لا يحتمل القسمة

١٧٠٠٩ - قال أصحابنا : الشفعة واجبة في الحمام والرحى والبئر [١] .

١٧٠١٠ - وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ : ما لا يجوز قسمته شرعًا لا شفعة فيه [٢] .

١٧٠١١ - لنا : حديث جابر ﷺ أن النبي ﷺ قال : « الشفعة في كل شرك : ربع أو حائط » [٣] .

١٧٠١٢ - ولأن ملكه متصل [٤] بالمبيع فوجبت له الشفعة كما وجبت يقسم .

١٧٠١٣ - ولأن الشفعة واجبة في البقعة قبل البناء فوجبت بعده كالدار الكبيرة .

١٧٠١٤ - ولأن كل بقعة تجب فيها الشفعة بعد البناء [٥] تجب قبله . أصله : ما

---

(١) الحجة (٩٠/٣ - ٩١) والمبسوط (١٣٥/١٤) والهداية (٣٤/٤) وتبيين الحقائق (٢٥٢/٥) . وبه قال الحنابلة في رواية ، وأبو العباس بن سريج من الشافعية . المهذب (٣٧٧/١) والمغني مع الشرح الكبير (١٦٥/٥) والمبدع (٢٠٧/٥) .

(٢) الأم (٢٣١/٣) والحاوي الكبير (٢٧١/٧ - ٢٧٢) وحلية العلماء (٢٦٨/٥) ونهاية المحتاج (١٩٧/٥) والإشراف على مذاهب أهل العلم (٤٣/١) وبقول الشافعية قالت الحنابلة في رواية ثانية ، وهو ظاهر المذهب الصحيح وعليه جماهير الأصحاب . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٦٥/٥) والإنصاف (٢٥٦/٦ - ٢٥٧) قال الشيرازي في المهذب : ولا تجب إلا فيما تجب قسمته عند الطلب ، فأما ما لا تجب قسمته كالرحى والبئر الصغيرة والدار الصغيرة فلا تثبت فيه الشفعة ، وهو المذهب ، خلافًا لقول أبي العباس بن سريج . وقال ابن قدامة الشرط الثالث : أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والعضادة والطريق الضيق والعراص الضيقة فعن أحمد فيها روايتان : إحداهما لا شفعة فيه ، وهو ظاهر المذهب والثانية فيها شفعة . وأما المالكية فقد اختلفت أقوالهم فيها فبعضهم قال بوجوب الشفعة في الحمام ، وأما الرحا والبئر وما شابه ذلك فقالوا بعدم الوجوب . انظر أقوالهم بالتفصيل في المدونة (٣٣٢/٥) وبداية المجتهد (٢٥٨/٢) والكافي (٣٣٧/١) ونلاحظ أن كل من قال بوجوب الشفعة فيها فرق بين ما يمكن تقسيمه وما لا يمكن تقسيمه ؛ فما أمكن تقسيمه وجبت شفعته ، وما لم يمكن تقسيمه فلا تجب شفعته .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث ونصه كما في سنن أبو داود (٢٨٥/٣) رقم ٣٥١٣ عن جابر ﷺ قال : قال رسول الله ﷺ الشفعة في كل شرك ربعة أو حائط ، لا يصلح أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإذا باع فهو أحق به ، حتى يأذنه .

(٤) في (ع) ، (م) : [ولأنه يملك منفصل بالمبيع] .

(٥) في الألف عدم البناء والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ بحذف عدم .

ينقسم . ولأن ما يملك به السهم في الدار الكبيرة يملك به السهم في الدار الصغيرة . أصله البيع .

١٧٠١٥ - ولا يلزم القسمة لأن السهم يملك بها من الحمام إذا كان بين شريكين نصف حمام ودار فاقتسما ، وأخذ هذا نصف الحمام ، والآخر الدار . ولأن الشفعة تجب لإزالة الضرر لخوف التأذى على وجه الدوام ، والضرر فيما لا يقسم أعظم ؛ لأنه لا يتخلص منه بالقسمة ، فهو أولى بإيجاب الشفعة [١] .

١٧٠١٦ - احتجوا : بقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة فيما لم يقسم » وقوله إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة فيما لم يقسم [٢] .

١٧٠١٧ - قلنا : لا دلالة في الخبر لأن ظاهره يقتضي وجوب الشفعة في الحمام ، لأنه ليس يقسم ، والحكم متى علق بنفي وصف عن شيء وذلك الوصف لا يوجد فيه فهو آكد للحكم .

١٧٠١٨ - وقولهم : لم يقسم إلا فيما يصح قسمته ليس يُعْلَم ، بدلالة أن الله تعالى وصف نفسه فقال : ﴿ لَمْ يَلِدْ وَلَمْ يُولَدْ ﴾ [٣] وهذه الصفات لا تجوز عليه تعالى .

١٧٠١٩ - ولو سلمنا أن ما قالوه يقتضى ما يصح فيه القسمة والحمام يجوز فيه القسمة ، وإنما لا يجب [٤] .

١٧٠٢٠ - ولا يقال : إن المراد به القسمة الشرعية ، لأن هذا دعوى ، ولأن عندنا يصح فيه القسمة الشرعية ؛ لأن القاضي يقسم بينهم بالتراضي . وقد قال بعضهم : القياس يمنع الأخذ بالشفعة ، وإنما ورد النص بوجوبها فيما لم يقسم فيما سواه على أصل القياس .

١٧٠٢١ - وهذا غلط ، لأن من مذهب مخالفنا أن العلة لا تجوز أن تخصص [٥]

---

(١) المغني مع الشرح الكبير (٤٦٦/٥) .

(٢) هذا الدليل في المغني مع الشرح الكبير (٤٦٦/٥) فقال ابن قدامة : ووجه هذا عموم قوله ﷺ : « الشفعة فيما لم يقسم » وسائر الألفاظ العامة .

(٣) سورة الإخلاص : الآية ٣ .

(٤) قال الرملي في نهاية المحتاج (١٩٥/٥) قوله لم يقسم : ظاهر في أنه يقبل القسمة إذ الأصل فيما نفي بلم كونه في الممكن بخلاف ما نفي بلا واستعمال أحدهما مكان الآخر تجوز أو إجمال . قاله ابن دقيق العيد .

(٥) قال الزركشي : اعلم أن العلة إما عقلية أو سمعية ، فالعقلية يمتنع تخصيصها بإجماع أهل النظر كما نقله =

وأنه متى ورد نص فعارض بعض ما اقتضته العلة دل على بطلانها . ثم هذا ليس بصحيح ؛ لأن الشفعة أصل من الأصول (١) ثابت بالإجماع (٢) .

١٧٠٢٢ – ولا يقال : إن القياس بنفيه ، بل هو أصل لأن غيره أصل . ألا ترى أنه لا يقال : القياس يقتضى أن تكون صلاة الفجر أكثر من ركعتين قياسًا على غيرها ؛ لأنها أصل كما أن غيرها أصل .

١٧٠٢٣ – قالوا : روى عن عثمان ﷺ أنه قال : لا شفعة في بئر ولا فحل (٣) .

١٧٠٢٤ – قلنا : ليس من أصلكم القول بتقليد الصحابي . وعندنا عموم [قول] (٤) رسو ل الله ﷺ [أولى] (٥) من قوله .

١٧٠٢٥ – قالوا : كل ما تجب الشفعة فيه إذا ملك بالنكاح لم تجب فيه الشفعة إذا ملك بالبيع ، أصله البناء المنفرد (٦) .

= ابن فورك والقاضي أبو بكر والأستاذ أبو منصور . فإذا كانت مستنبطة فجزم الماوردي والرؤياني بامتناع تخصيصها على معنى أن العلة لا تبقي حجة فيما وراء الحكم المخصوص لبطلان الوقوف بها ، وقال ابن فورك : لا يجوز تخصيصها . وقال ابن كج : إنه قول أصحاب الشافعي ، وقال الأستاذ أبو منصور : أجمع عليه أصحاب الشافعي ، وقالوا أيضًا : تخصيص العلة نقض لها ، ونقضها يتضمن إبطالها . وقال أبو منصور الماتريدي: تخصيص العلة باطل . انظر البحر المحيط للزركشي (١٣٥/٥ – ١٤٢) .

(١) قال الإمام السرخسي في مبسوطه (٩٠/١٤) « والأصح أن نقول الشفعة أصل في الشرع ، فلا يجوز أن يقال : إنه مستحسن من القياس ، بل هو ثابت ، وقد دلت على ثبوته الأحاديث المشهورة عن رسول الله ﷺ وعن أصحابه رضوان الله عليهم . من ذلك ما روي أن رسول الله ﷺ قال : « الشفعة في كل شيء » .

(٢) وقد نقل هذا الإجماع كثير من الفقهاء ، منهم الموصلي والماوردي وابن قدامة وابن المنذر . انظر الاختيار (٥١/٢) والحاوي (٢٢٧/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٤٥٧/٥) وبداية المجتهد (٢٥٦/٢) وكتاب الإجماع ص٥٦ .

(٣) روى الإمام مالك في الموطأ كتاب الشفعة باب ما لا تقع فيه الشفعة (٧١٧/٢) عن محمد بن عمار عن أبي بكر بن حزم عن عثمان بن عفان قال : « إذا وقعت الحدود فلا شفعة فيها ، ولا شفعة في بئر ولا في فحل النخل » . وانظر ذلك أيضًا في مصنف أبي شيبة (١٧٢/٧) كتاب البيوع والأقضية : باب إذا صرفت الطرق والحدود فلا شفعة رقم ٢٧٨٦ ومصنف عبد الرزاق (٨٨/٨) باب هل في الحيوان أو البئر أو النخل أو الدين شفعة رقم ١٤٤٢٨ وغريب الحديث لأبي عبيد القاسم بن سلام الهروي (١٢١/٣) وكنز العمال (٣/٤) رقم ٣٩ كتاب الشفعة والفائق في غريب الحديث للزمخشري (١٢٢/٣) وانظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (٢٧١/٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) والصواب ما أثبتناه كما في باقي النسخ الثلاثة .

(٦) لم نجد هذا الدليل في المصادر التي وقعت لنا ، إلا أن ابن قدامة ذكر أدلة تفيد هذا المعنى ، وهي : ما =

١٧٠٢٦ - قلنا : المعنى في البناء أنه لا يبقى على التأبيد ، فلا يخاف الضرر فيه على الدوام ، كالعروض وليس كذلك الشقص فيما لم يقسم ، لأن الضرر يخاف فيه على الدوام مثل ما يقسم .

١٧٠٢٧ - قالوا : ما لا يقسم شرعًا لا تجب فيه الشفعة . أصله إذا ملك بالنكاح .

١٧٠٢٨ - قلنا : المعنى فيه أنه مملوك بسبب لا يقف على تسمية عرض كالمملوك بالوصية .

١٧٠٢٩ - قالوا : الشفعة وجبت لإزالة الضرر ، فلو وجبت في الحمام لم يَبِعْ الشقص أحد ، خوفًا من الشفيع فتدعوه الضرورة إلى بيعه للشريك باختياره .

١٧٠٣٠ - قلنا : الضرر إذا جعل بالشركة على وجه لا يتخلص منه لم تلزم القيمة .

١٧٠٣١ - ألا ترى أن الشريكين في العبد كل واحد منهما يستضر بعتق شريكه ، ولا طريق إلى إزالة هذا الضرر . والقصاص المشترك كل واحد يستضر بعفو شريكه ، ولا يمكن رفع هذا الضرر ، فلا يمتنع أن توجب الشركة حق [1] الشفعة ، وإن كان يلحق بالشريك ضرر ولا يزول . ثم الشريعة قضت برفع الضرر عن الشفيع وإن أضر ذلك بالمتبايعين ، ألا ترى أن أخذ المبيع بينهما فيه ضرر ثم قضى بإزالة ضرر الشفيع بإلحاق هذا الضرر بالمشتري .

١٧٠٣٢ - ثم إنا نقول إذا أضر الشريك شريكه جاز له أن يحتال لإبطال حقه فيبيع على وجه لا شفعة فيه فيزيل هذا الضرر عن نفسه .

١٧٠٣٣ - قالوا : الشفعة تجب لخوف الضرر بالتزام أجرة القسام [2] .

١٧٠٣٤ - قلنا : قد أبطلنا هذا بالشركة في غير العقار ، وأن أجرة القسام فيها

= روي عن النبي ﷺ « أنه قضي أن لا شفعة في فِنَاء ولا طريق ولا منقبة ولا ركح » أخرجه أبو عبيد القاسم بن سلام في غريب الحديث (١٢١/٣) والزمخشري في الفائق (١٢٢/٣) واستدل من طريق المعقول فقال : لأن إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع ؛ لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة من نصيبه بالقسمة ، وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يمتنع البيع ، لتسلط الشفعة ، فيؤدي إثباتها إلى نفيها . ويمكن أن يقال : إن الشفعة إنما ثبتت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من إحداث المرافق الخاصة ، ولا يوجد هذا في ما لا ينقسم . انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٦٦/٥) .

(١) في (ع) : [حتى] .

(٢) المهذب (٣٧٧/١) وعبارته : « ولأن الشفعة إنما تثبت بالضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لا يوجد في ما لا ينقسم » .

واجبة ولا شفعة ، [بينا أن من] [١] مذهبنا أن الأجرة تلزم المطالب بالقيمة دون غيره فسقط .

* * *

(١) ما بين المعكوفين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

مسألة ٨٣٧

عدم أخذ الولي الشفعة وبلغ المولى عليه هل هو له أخذها أو لا ؟

١٧٠٣٥ - قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله : إذا أسقط الولي شفعة الصغير، أو أمسك عن المطالبة سقطت [١] .

١٧٠٣٦ - وقال الشافعي رحمه الله : لا تسقط . وللصبي المطالبة بها بعد البلوغ [٢] .

١٧٠٣٧ - وأما إن تركها لأنها بيعت بزيادة كبيرة ، أو لأنها مال للصبي ثم بلغ الصبي فالمذهب أنه لا يأخذها [٣] .

١٧٠٣٨ - قالوا : ومن أصحابنا من قال يأخذها ، وزعم أنه قول آخر للشافعي رحمه الله [٤] .

---

(١) الهداية (٤/٤١) وتبيين الحقائق (٥/٢٦٣) وبدائع الصنائع (٥/١٦) وهو قول المالكية وقول ابن حامد من الحنابلة واختاره أبو محمد الجوزي . قال القرافي يقوم بشفعة الصغير أبوه أو وصيه ، لأنها من باب تنمية المال فإذا لم يكونا فالأم تنظر له ، ولا أخذ للجد ، بل يرفعه للإمام لأنه ناظر لمن لا ناظر له . فإن عدم الأب والوصي بموضع لا إمام به أخذ إذا بلغ ؛ لأنها حقه ولم يسقطها . ولو سلمها الأب أو الوصي أو السلطان امتنع أخذه إذا بلغ ، لنفوذ تصرفهم عليه . ولو أهمل الأب حتى بلغ وقد مضي بذلك عشرة سنين فلا شفعة ، لأن إهمال أبيه كإهماله . الذخيرة (٧/٢٧١) والإنصاف (٦/٢٧٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٥/٤٩٥ - ٤٩٦) .

(٢) الحاوي الكبير (٧/٢٧٦) كتاب الأم (٣/٢٣٥) ومختصر المزني (٣/٥٤) وبه قال الإمام محمد وزفر من الحنفية والحنابلة في رواية ابن منصور . بدائع الصنائع (٥/١٦) وتبيين الحقائق (٥/٢٦٣) والمغني مع الشرح الكبير (٥/٤٩٥ - ٤٩٦) والإنصاف (٦/٢٧٢) ففيه : « وإن ترك الولي شفعة للصبي فيها حظ لم تسقط ، وله الأخذ بها إذا كبر . وإن تركها لعدم الحظ فيها سقطت . قال المرداوي : هذا أحد الوجوه . اختاره ابن حامد والشيخ تقي الدين . وقيل : لا تسقط مطلقًا ، وله الأخذ بها إذا كبر ، وهو المذهب ، فيما نص عليه . وهو ظاهر كلام الخرقي .

(٣) انظر الحاوي الكبير (٧/٢٧) .

(٤) الصبي والمجنون إذا وجبت لهما الشفعة لا يخلو حالهما من ثلاثة أقسام عند الشافعية . أحدها : أن يكون في أخذها له حظ وغبطة ، فعلي وليهما أن يأخذها لهما . وللولي حالتان : الأولى يأخذ الشفعة . والثانية : يردها . فإن أخذها لزمت ولم يكن لهما إذا صارا رشيدين أن يردا . وإن عفى الولي عنها ولم يأخذها فللمولي عليه إذا بلغ رشيدًا أن يأخذها . والقسم الثاني : أن لا يكون للمولي عليه حظ في أخذ الشفعة إما لزيادة الثمن وإما لأمر آخر فلا يجوز للمولي أن يأخذها ، كما لا يجوز أن يشتري له ما لا حظ في شرائه . ففي هذا القسم الولي ممنوع من أخذها ، فإذا بلغ الصبي رشيدًا وأراد أخذ الشفعة ففيه وجهان رشيدين ، أحدهما : هو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة أن شفعته قد بطلت بترك وليه وليس له أخذها بعد رشده =

١٧٠٣٩ - لنا : أن كل من ملك المطالبة بالشفعة من غير أمر ملك التسليم ، كالمأذون والمكاتب ، ولا يلزم الوكيل لأنه يملك الترك عندنا (١) .

١٧٠٤٠ - ولأنه كبيع من أجنبى علم به الأب وأعرض عنه ، فلم يكن للصبي أخذه بالشفعة بعد بلوغه ، أصله الدار إذا بيعت في جواره . ولا يلزم الأب إذا باع واشترى .

١٧٠٤١ - لأنا قلنا : من أجنبي ولأن الأب إذا اشترى لا شفعة للصبي على قياس قول أبي حنيفة ، ذكره في المنتقى . (٢) وأما إذا باع فهو لا يملك المطالبة فلا يتصور الإعراض . لأن مالا يأخذه الصبى بعد بلوغه بشفعة الجوار لا يأخذه بشفعة الشركة كالشقص من الحمام .

١٧٠٤٢ - احتجوا : بأنه حق هو مال ترك الاستيفاء له ، فكان له أن يستوفيه بعد بلوغه . أصله استيفاء الدين (٣) .

١٧٠٤٣ - قلنا : يبطل إذ كان الحظ في تركه . ولأن الدين [لا يسقط بتأخير المطالبة به فلذلك لم يسقط بالترك والشفعة] (٤) تسقط بالتأخير فلم يجز المطالبة بها مع ترك المطالبة ممن يملك الأخذ . وإن قاسوا عليه إذا أبرأ من الدين .

١٧٠٤٤ - قلنا : إذا أسقط الشفعة فقد ترك حظًا إلى عوض حَصَّله ، وهو تبقية الثمن على ملكه ، فكأنه أخذها ثم باعها بمثل الثمن . وأما الدين فقد أسقطه من غير عوض حصله له في مقابلته ، فلم يصح .

= والوجه الثاني : أن شفعته باقية لا تبطل بترك وليه ، وله أخذها بعد رشده .

والقسم الثالث : أن يستوي حظ المولي عليه في أخذ الشفعة وتركها ؛ ففي أخذ الولي ثلاثة أوجه : أحدها : لا يجوز أن يأخذها ما لم يظهر الحظ في أخذها ، لأن الحظ معتبر فيها ، الوجه الثاني : أنه يجب عليه أن يأخذها ؛ لأن الأخذ بالشفعة أحظ ما لم يظهر ضرر . والوجه الثالث : أنه مخير بين أخذها وتركها لاستواء الحالين . الحاوي الكبير (٢٧٦/٧) .

(١) ذكر الكاساني أدلة للشيخين في البدائع ، وهي : أن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فتسليمه امتناع من الشراء ، وللولي ولاية الامتناع من الشراء ، ألا ترى أن من قال : بعت هذا الشيء لفلان الصبي لا يلزم الولي القبول . وهذا لأن الولي تصرف في مال الصبي على وجه المصلحة ، والمصلحة قد تكون في الشراء وقد تكون في تركه ، والولي أعلم بذلك فيفوض إليه . انظر بدائع الصنائع (١٦/٥) .

(٢) في (ن) : [الشفاء] .

(٣) الحاوي الكبير (٢٧٦/٧) وعبارته : « لأن الولي مندوب إلى فعل ما عاد بصلاح من يلي عليه في استيفاء حقوقه كالديون » .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

١٧٠٤٥ - ولا يصح قياسهم على القصاص وخيار الغيب إذا أسقطهما [الأب][1] لأن الأب[2] [إن][3] أسقطهما بعوض جاز ، وإن أسقطهما بغير عوض لم يجز .

١٧٠٤٦ - وفي مسألتنا : إذا أسقط الشفعة فقد حصل العوض للصغير وأبقاه على ملكه فكأنه حصل العوض على / إسقاط القصاص[4] .

* * *

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٢) في (ع) ، (م) : [الإنسان] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) القصاص لغة : القطع والمماثلة والتتبع ، تقول قصصت الأثر أي تتبعته وقاصصته مقاصة وقصاصًا من باب قاتل إذا كان لك عليه دين مثل ما له عليك ، ثم غلب استعمال القصاص في قتل القاتل ، وجرح الجارح واقتص السلطان فلانا ، أي قتله قودًا ، وهو أن يفعل بالفاعل مثل ما فعل . لسان العرب (٣٦٥٢/٥) ، المصباح المنير (٦٩٤/٢) ، المغرب ص٣٨٥ ، كتاب التعريفات ص١٩٠ .

قبض الشفيع الشقص من البائع

١٧٠٤٧ - قال أصحابنا : إذا كانت الدار في يد البائع فللشفيع أخذها من يده [١] .

١٧٠٤٨ - وقال الشافعي رحمه الله : يستحقها الشفيع على المشتري ، ويدفع الثمن إليه ، ويقبض الشفيع من يد البائع ، ويكون قبض الشفيع بمنزلة قبض المشتري ، ويدفع الثمن إليه من البائع . وقال ابن شريح : فيه وجهان .

١٧٠٤٩ - أحدهما : ليس للشفيع أخذه من البائع ، بل على المشتري أخذه وتسليمه إلى الشفيع . وإن كان المشتري غائبًا أخذه القاضي وسلمه إلى الشفيع وحفظ الثمن له

١٧٠٥٠ - والوجه الثاني : يأخذه من البائع ، وإن كان المشتري حاضرًا [٢] .

---

(١) انظر الشروط الصغير للطحاوي (٣٧٤/١) ط العراق والبناية على الهداية (٥٠٧/٨) وبه قال المالكية والحنابلة . قال المرداوي هذا المذهب بلا ريب ومشهور عند الأصحاب . وفي المغني مع الشرح الكبير (٤٧٥/٥) إذا أراد الشفيع أخذ الشقص وكان في يد المشتري أخذه منه ، وإن كان في يد البائع أخذه منه ، وكان كأخذه من المشتري . هذا قياس المذهب . شرح الخرشي (١٧٨/٦) والإنصاف (٢٨٧/٦) .

(٢) الحاوي الكبير (٢٨٤/٧) والمهذب (٣٨٢/١) قال الماوردي : فأما قبض الشفيع الشقص من البائع قبل قبض المشتري له أو من ينوب عنه ففيه وجهان ، حكاهما ابن سريج . أحدهما : ليس له ذلك ، لأنه يحل محل المشتري في الأخذ بالثمن ولا يجوز شراء ما لم يقبض ، فكذلك لا يجوز أخذ شفعة ما لم يقبض . فعلى هذا يأخذ الحاكم المشتري بالقبض ، فإذا صار بيده انتزعه الشفيع منه . فإن كان المشتري غائبًا وكلّ الحاكم عنه من يقبض له ثم حكم للشفيع بأخذه منه . وبه قال أبو إسحاق المروزي . والوجه الثاني : هو اختيار ابن سريج أن للشفيع أخذه من البائع قبل قبض المشتري ؛ لأن الشفيع يأخذه جبرًا بحق . بوجه الثاني من المذهب الشافعي قال القاضي أبو يعلى الفراء من الحنابلة وقال القاضي ليس له أخذه من البائع ويجبر الحكم المشتري على قبضه ثم يأخذ الشفيع منه انظر المغني مع الشرح الكبير (٤٧٦/٥) والإنصاف (٢٨٧/٦) . خلاصة المسألة : اتفق الفقهاء إذا كان الشقص المشفوع بيد المشتري أخذه الشفيع من المشتري ثم اختلفوا إذا كان الشقص في يد البائع فذهب الحنفية والمالكية والشافعية في وجه والحنابلة إلى جوازه أخذه من البائع كأخذه من المشتري وذهب الشافعية في وجه آخر إلى أنه لا يجوز أن يأخذ الشفيع الشقص من يد البائع بل يجبر المشتري على القبض ثم يأخذه منه . انظر البناية (٥٠٧/٨) والخرشي (١٧٨/٦) والحاوي (١٧٨/٧) والمغني مع الشرح الكبير (٤٧٥/٥) .

١٧٠٥١ - لنا : حديث جابر ﷺ أن النبي ﷺ قال : « فإن باعه ولم يؤده فهو أحق به » [١] ظاهره يقتضي أنه عقيب البيع أحق من المشتري . ولأنه أحد المتبايعين فكان للشفيع أخذ المشفوع من يده . أصله إذا وجبت الشفعة ، فباع المشتري ، فللشفيع أخذها من البائع وله أخذها من المشتري .

١٧٠٥٢ - فإن قيل : هناك [باع] [٢] بعد وجوب حقه ، وفي مسألتنا ثبت حق المشتري بعد ثبوت حق الشفيع ؛ لأنه حقه ثبت برغبة البائع عن ملكه .

١٧٠٥٣ - احتجوا : بأن الشفيع يستحق بعد تمام البيع ، بدلالة أنهما لو شرطا الخيار للبائع أولهما لم يستحق ، ومن استحق بعد ملك المشتري استحق من ملكه كالمشترى منه [٣] .

١٧٠٥٤ - قلنا : الشفعة تجب عندنا بخروج الشيء من ملك البائع قبل دخوله في ملك المشتري . ولهذا لو قال : بعت من فلان ، فجحد ، استحق الشفعة عندنا وعلي أحد الوجهين عندهم [٤] .

١٧٠٥٥ - وبهذا تجب الشفعة إذا كان الخيار للمشترى ، وإن كان لا يملك عند أبي حنيفة ولم يتم ملكه عند أبي يوسف ومحمد [٥] . وإذا ثبت حقه بخروج الشيء من ملك البائع قبل دخوله في ملك المشتري يستقر في ثبوت الحق ، فلذلك أخذ من يد

---

(١) هذا جزء من الحديث الذي رواه الإمام مسلم في صحيحه كتاب المساقاة باب الشفعة (١٢٢٩/٣) رقم (١٦٠٨/١٣٤) عن أبي زبير عن جابر قال : « قضي رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به » وأخرجه أيضًا البيهقي في السنن الكبرى (١٠٤/٦) كتاب الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم ومصنف عبد الرزاق (٨٢/٨) عن الثوري وابن جريج عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله رقم ١٤٤٠٣ .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) . الصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٣) انظر المهذب (٣٨٢/١) وعبارته : « لأنه استحق فملك الأخذ كما لو كان في يد المشتري » .

(٤) الحاوي الكبير (٢٩٥/٧ - ٣٠٠) .

(٥) الهداية (٣٦/٤) وتبيين الحقائق (٢٥٤/٥) وحاشية الشلبي على التبيين (٢٥٤/٥) قال الإتقاني « وأما خيار الشروط للمشتري فلا يمنع من ثبوت الشفعة ، لأن المبيع خرج من ملك البائع بالاتفاق ، وإن اختلف أصحابنا : هل دخل في ملك المشتري أو لم يدخل ؟ والشفعة إنما تجب برغبة البائع عن ملكه ، بدلالة أنه لو أدعي أنه باع داره من زيد وجبت الشفعة ، لأجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه ، وإن لم يحكم بدخوله في ملك المشتري » .

البائع . فأما إذا باع بشرط الخيار (١) فلأن ذلك يمنع من خروج المبيع من ملكه فلهذا لم تثبت الشفعة (٢) ، لا لما ذكروه من عدم تمام البيع !

* * *

(١) انظر المراجع السابقة في المواضع السابقة .

(٢) في (ن) : [الشقص] .

مسألة ٨٣٩

هل العهدة على البائع أو على المشتري ؟

١٧٠٥٦ - قال أصحابنا [١] : إذا أخذ الشفيع الشقص من يد البائع انفسخ البيع بينه وبين المشتري ، وكانت العهدة [٢] على البائع [٣] .

١٧٠٥٧ - وقال الشافعي رحمه الله : عهدة الشفيع على المشتري وإن أخذ من يد البائع . وليس له أخذ ملك آخر فكان الأخذ من ملكه ، أصله المشتري [٤] .

(١) هذه المسألة محل خلاف بين أئمة الحنفية ؛ فقد ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف في رواية والإمام محمد إلى أن عهدة الشفيع على البائع . وذهب الإمام أبو يوسف في رواية أخرى إلى أن الشفيع يأخذ الشقص المشفوع من يد البائع ، وعهدته على المشتري ، وذهب الإمام زفر بن الهذيل والإمام عبد الرحمن بن أبي ليلى إلى أن عهدة الشفيع على البائع في الوجهين . انظر اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى للإمام أبي يوسف ص٣٧ ، المبسوط (١٠١/١٤) والبناية على الهداية (٥٠٧/٨) . ويشير المؤلف إلى الرأي الأول بقوله « قال أصحابنا » ، وهو بهذا ينسب إلى المذهب الحنفي رأي أكثر علمائه دون أن يشير إلى وجود اختلاف بينهم .

(٢) العهدة على وزن فعلة من العهد وللعهد معان متعددة ؛ فمنها الوفاء ، والعهدة يجمع على العهد وهو الميثاق واليمين التي تستوثق بها ممن يعاهدك . وقولهم عُهْدته عليه من ذلك ، لأن المشتري يرجع على البائع بما يدركه ، وتسمي وثيقة المتبايعين عهدة ، لأنه يرجع إليها عند الالتباس . انظر لسان العرب ٣١٤٩/٤ مادة عهد والمصباح المنير (٥٢٠/٢) .

(٣) المبسوط (١٠١/١٤) ومختصر اختلاف العلماء (٢٤٢/٤) وبدائع الصنائع (٣٠/٥) والهداية (٢٢/٤) والبناية على الهداية (٥٠٦/٨ - ٥٠٧) وتبيين الحقائق (٢٤٦/٥) وحاشية الشلبي على التبيين . قال السرخسي : وإن أخذها من البائع ودفع إليه فعهدته وضمان ماله على البائع عندنا .

(٤) كتاب الأم (٢٣٥/٣) ومختصر المزني مع الأم (٥٤/٣) والحاوي الكبير (٢٨٣/٧) وحلية العلماء (٣١٠/٥) . قال الماوردي : اختلف الفقهاء في عهدة الشفيع فذهب الشافعي إلى أن عهدة الشفيع على المشتري ، وعهدة المشتري على البائع . وبه قال الإمام أبو يوسف من الحنفية ؛ ففي المبسوط (١٠١/١٤) روى عن أبي يوسف أنه يأخذ من يد البائع وعهدته على المشتري وإليه يدفع الثمن ، لأن حق الشفيع يثبت بالشراء فكان من حقوق الشراء ، وما يكون من حقوق الشيء لا يكون ناسخًا له . وبه قال المالكية والحنابلة . قال القرافي في الذخيرة : العهدة على المشتري وحده للشفيع ، وإليه يدفع الثمن قبضه البائع قبله أم لا ، ويرجع المشتري أو البائع في الاستحقاق ، ولا شيء للشفيع على البائع . وجاء في الكافي : « العهدة في الشفعة للشفيع على المشتري دون البائع » . أسهل المدارك شرح إرشاد السالك (٤٢/٣) وبداية المجتهد (٢٦٣/٢) والتفريع (٣٠٢/٢) والمدونة (٢٠٩/٤) والذخيرة (٣٢٩/٧) والكافي ص٤٤٤ والخرشي (١٨٠/٦) والمغني مع الشرح الكبير (٥٣٤/٥) والإنصاف (٣١١/٦) وشرح الزركشي على مختصر الخرقي (٢٠٣/٤) . وقال زفر وابن أبي ليلى وعثمان البتي : عهدة الشفيع على البائع في الوجهين جميعًا ؛ لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع ، فكان رجوعه عليه كالمشتري . البناية (٥٠٧/٨) وحلية العلماء (٣١١/٥) والمغني مع الشرح الكبير (٥٣٤/٥) ، اختلاف أبي حنيفة وابن ليلى ص٣٧ .

١٧٠٥٨ - ولأن الشفيع إذا أخذ الشقص من يد البائع فسخ البيع بيته وبين مشتريه . أصله إذا باع المشتري ، فأخذ الشفيع من البائع الثاني بالبيع الأول (١) .

١٧٠٥٩ - ولأنه معنى يوجب زوال ملك المشتري عن المبيع قبل القبض بغير رضائه مع بقاء تكليفه فأوجب فسخ البيع . أصله هلاك المبيع .

١٧٠٦٠ - ولا يلزم إذا مات المشتري ؛ لأن تكليفه لا يبقى مع الموت .

١٧٠٦١ - ولا يلزم إذا باع ، لأن الملك زال برضاهما .

١٧٠٦٢ - احتجوا : بأنه حق يثبت لحق (٢) المتبايعين بعد انعقاد البيع شرعًا ، فوجب أن يكون على المشتري . أصله وقوع العتق في ذوى الأرحام (٣) .

١٧٠٦٣ - قلنا : عندنا تثبت الشفعة عند الانعقاد بخروج الشيء من ملك البائع ، فلا نسلم أنها تجب بعد الانعقاد . فأما غير ذوى الأرحام فهو معنى يستحق على المشتري ، فلا يلزم البائع ؛ فالشفعة تثبت لإزالة الضرر الذي يلحق الشفيع ، وهذا المعنى موجود في حق البائع والمشتري ، فتوجهت على كل واحد منهما .

١٧٠٦٤ - قالوا : أخذ المبيع من [يد] (٤) البائع يؤدى إلى فسخ البيع ، والفسخ يسقط الشفعة ، بدلالة أن من ابتاع شقصًا بعبد فهلك العبد قبل القبض انفسخ البيع وسقطت الشفعة (٥) .

١٧٠٦٥ - قلنا : هذا غير مسلم ، وفسخ البيع عندنا بعد وجوب الشفعة لا يسقطها سواء كان الفسخ بفعلهما أو من جهة الحكم . فإذا هلك العبد وانتقض البيع لم يسقط حق الشفيع ، وله أن يأخذ الشقص بقيمة العبد الهالك (٦) .

---

(١) المبسوط (١٠٢/١٤) وأجاب ابن قدامة فقال : قياسه على المشتري في جعل عهدته على البائع لا يصح ؛ لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٣٥/٥) .

(٢) هكذا في (ص) ، (ع) ، (م) وفي (ن) : [لغير] .

(٣) استدل الماوردي على مذهبه فقال : دليلنا هو أن الشفيع يملك الشقص عن المشتري ، بدليل أنه لو تركه لكان مقرًا على ملك المشتري ، ولو حدث منه نماء لكان للمشتري ، فوجب أن تكون العهدة عليه ، كما كانت على البائع للمشتري . انظر الحاوي الكبير (٢٨٣/٧) .

(٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٥) هذا المعنى في المغني مع الشرح الكبير (٢٣٤/٥) والذخيرة (٥٣٩/٧) .

(٦) ذكر ابن قدامة أدلة أخرى على مذهبه ، فقال : لنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء ، وحصول الملك للمشتري ، ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع ، فكانت العهدة عليه كما لو أخذه منه ببيع . ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الأول . واستدل ابن رشد أيضًا فقال : وعمدة مالك أن الشفعة إنما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشتري وصحته ، فوجب أن تكون عليه العهدة . المغني مع الشرح الكبير (٥٣٤/٥) وبداية المجتهد (٢٦٣/٢) .

إذا حط البائع بعض الثمن عن المشتري هل يشمل ذلك الشفيع أم لا ؟

١٧٠٦٦ - قال أصحابنا : إذا حط [(١)] البائع بعض الثمن [(٢)] أخذها الشفيع بما بقي [(٣)] .

١٧٠٦٧ - وقال الشافعي : إن كان الحط في المجلس ثبت في حق الشفيع ، وإن كان بعد الافتراق وليس في البيع خيار أخذها بالجميع [(٤)] .

١٧٠٦٨ - لنا : أنه حط بعض الثمن على المشتري فوجب أن يثبت في حق الشفيع، أصله : الحط في المجلس .

---

(١) في (ع) ، (م) : [حفظ] ، والحط لغة : الوضع ، وله معان متعددة : منها حط أي وضع الأحمال على الدواب وحط أي نزل وحط الله عنه وزره وضعه عنه قال الله تعالى : ﴿ وَقُولُوا حِطَّةٌ ﴾ الآية ١٦١ سورة الأعراف ، قال أبو إسحاق في معناها : قولوا مسألتنا حطة أي حط ذنوبنا عنا . وحط السعر إذا رخص ونقص وهو المراد . انظر لسان العرب (٩١٤/٢) والمصباح المنير (١٩٣/١) .

(٢) هذا إن حط بعض الثمن ، وأما إن حط البائع عن المشتري جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع منه شيء لأن حط الكل لا يلحق بأصل العقد لعدم بقاء ما يكون ثمنًا . انظر اللباب شرح الكتاب (١١٥/٢) .

(٣) الهداية (٣١/٤) وتبيين الحقائق (٢٤٨/٥) وبدائع الصنائع (٢٧/٥) والمبسوط ١٠٧١١ وعبارة السرخسي : « إذا كان البيع بألف درهم فحط البائع عن المشتري تسعمائة فللشفيع أن يأخذها بمائة درهم عندنا . وأصل المسألة أن الزيادة والحط في بعض الثمن يثبت على سبيل الإلحاق بأصل العقد عند الحنفية » . وبه قال المالكية جاء في شرح الخرشي أن « الشفيع إذا أخذ الشقص بشفعة فإنه يحط عنه من الثمن الذي دفعه المشتري للبائع مقدار ما حطه البائع عن المشتري من الثمن لأجل العيب الذي اطلع عليه المشتري في الشقص . وكذلك يحط عن الشفيع ما حطه البائع عن المشتري مما جرت العادة بحطيطته من الثمن بين الناس . وكذلك يحط من الشفيع ما حطه البائع عن المشتري من الثمن تبرعًا من غير عادة ، إذا كان الباقي بعد الحطيطة يشبه أن يكون ثمنًا للشقص » . انظر الخرشي (١٨٠/٦) وحاشية الدسوقي (٤٩٥/٣) .

(٤) الحاوي الكبير (٢٨٧/٧) والوجيز (٢١٧/١ - ٢١٨) ونهاية المحتاج (٢٠٥/٥) والروضة (١٠/٥) جاء في الحاوي الكبير : « قال المزني ولو حط البائع للمشتري بعد التفرق فهي هبة ، وليس للشفيع أن يحط ، وقال الماوردي : هذا ما قاله الشافعي ﷺ أن الحطيطة إن كانت قبل التفرق فهي موضوعة عن الشفيع ، ويأخذ الشقص بالباقي من الثمن . وإن كانت بعد التفرق اختص بها بالمشتري وأخذ الشفيع بكل الثمن » . وبقول الشافعية قالت الحنابلة ؛ ففي المغني : يستحق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد ؛ فلو تبايعا بقدر ثم غيراه في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغيير في حق الشفع . فأما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا لم يلحق بالعقد » . المغني مع الشرح الكبير (٥٠٦/٥) والشرح الكبير مع المغني (٥٢٢/٥ - ٥٢٣) والمبدع (٥٢٤/٥) وشرح منتهى الإرادات (٤٤٦/٢) .

١٧٠٦٩ - ولأنه يستحق المبيع بالثمن فيثبت الحط في حقه كالمشترى ، وكالحط في المجلس . ولأن كل من يثبت الحط في المجلس في حقه ثبت بعدمه [١] كالمشترى [٢] وهذه فرع على أن حط بعض الثمن يلحق بالعقد . وقد بيناه في البيوع .

١٧٠٧٠ - احتجوا : بأنه حط بعد [٣] لزوم البيع فلا يخلو العقد كحط الجميع [٤] .

١٧٠٧١ - قلنا : هناك لو لحق العقد أخرجه عن موضوعه فلم يلحق كحال المجلس [٥] .

* * *

---

(١) في (ع) ، (م) : [لعدمه] .

(٢) أجاب الماوردي على ذلك فقال : « فأما الجواب عن الجمع بين ما قبل التفرق وبعده فهو أن العقد يلزم بالتفرق ، وانقضاء الخيار ، فلم يصح الجمع بين ما قبل اللزوم وبعده . انظر الحاوي (٢٨٧/٧) .

(٣) في (ص) ، (ع) ، (م) : [بعض] . والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٤) انظر الحاوي الكبير (٢٨٧/٧) وفيه أنه تغيير للثمن بعد لزوم العقد فلا يثبت في حق الشفيع كالزيادة ، ولأنه حط بعد لزوم البيع فأشبه حط الجميع .

(٥) ذكر الإمام الماوردي أدلة أخرى على مذهبه منها : أن ما سقط من الثمن بالإبراء بعد التزام المبيع لم يسقط في حق الشفيع قياسًا على الإبراء من الجميع ، ولأن ماحصل بين متعاقدي المبيع من النزع لا يتعدى إلى الشفيع كالنزع بالزيادة في الثمن . ولأن كل عقد لا يلحقه الزيادة لم يلحقه النقصان قياسًا على ما بعد القبض .

هل للشفيع أن يأخذ من المشتري نصيب أحد البائعين أو لا ؟

١٧٠٧٢ - قال أصحابنا : إذا اشترى رجل من اثنين شيئًا فليس للشفيع أخذ نصيب أحد البائعين دون الآخر [١] . وإن اشترى اثنان من واحد جاز أن يأخذ نصيب أحدهما [٢] .

١٧٠٧٣ - وروي عن أبي حنيفة : أنه يجوز له أخذ نصيب البائعين إذا أخذه من يد البائع ، وليس له أخذه من يد المشتري .

١٧٠٧٤ - قال : وإن اشترى اثنان من واحد لم يكن له أخذ نصيب أحد المشترين قبل القبض ، وله ذلك بعده [٣] .

١٧٠٧٥ - وقال الشافعي : له أن يأخذ من يد المشتري نصيب أحد البائعين [٤] .

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ص١٢٢ - ١٢٣ ومختصر اختلاف العلماء (٢٤٦/٤) والهداية (٤٠/٤) وتبيين الحقائق (٢٦١/٥) وبدائع الصنائع (٢٥/٥) والمبسوط (١٤٠/١٤) .

(٢) معناه أن المشتري إذا تعدد بأن اشتري جماعة عقارًا والبائع واحد يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي . وإن تعدد البائع بأن باع جماعة عقارًا مشتركًا بينهم والمشتري واحد لا يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم ، حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض . والفرق : أن الشفيع في الوجه الثاني لو أخذ نصيب بعضهم يفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة عن الضرر بالأخذ منه ؛ فإن الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشفيع ، فلا تشرع على وجه يتضرر به المشتري ضررًا زائدًا سوي الأخذ . وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة على أحدهم . تبيين الحقائق (٢٦١/٥ - ٢٦٢) .

(٣) ذهب الحنفية في ظاهر الرواية إلى أنه إذا كان المشتري واحدًا والبائع متعددًا فليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين ، سواء كان المشتري قبض أو لم يقبض ، لما فيه من تفريق الصفقة . وفي رواية أخري عنهم أن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض ، وليس له أن يأخذ من المشتري نصيب أحدهما بعد القبض ، إلا أن الكاساني يرجح الرواية الأولى القاضية بعدم التفريق ، سواء كان المشتري قبض الشقص أو لم يقبضه . وإن كان المشتري متعددًا البائع واحدًا ، وذلك بأن اشتري رجلان من رجل ، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشترين في قولهم جميعًا في ظاهر الرواية . وروي أنه ليس للشفيع أن يأخذ قبل القبض إلا الكل ، وبعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشترين . انظر المراجع السابقة عند الحنفية . ومن المالكية ذهب عبد الرحمن بن القاسم في المدونة إلى أنه إذا كان بائع الشقص رجلًا والمشتري رجلين فليس للشفيع أن يأخذ حصة أحدهما بل يجب عليه أن يأخذ الجميع أو يدع ، لأن الصفقة وقعت واحدة ، فليس له أن يأخذ بعضها ويترك بعضها ؛ لأن الصفقة واحدة وإن اشتراها رجلان . انظر المدونة (٢٠١/٤ - ٢٠٢) والمنتقى (٢١٥/٦ - ٢١٦) .

(٤) الحاوي الكبير (٢٨٩/٧) ونهاية المحتاج (٢١٥/٥) والروضة (١٠٦/٥) ومغني المحتاج (٣٠٦/٢) . قال =

١٧٠٧٦ - لنا : أنه أخذ بعض ما ثبت له في حق الشفعة بقبولٍ واحد لنفسه ، فوجب أن لا يجوز . أصله : إذا كان البائع واحدًا ، والمشترى واحدًا .

١٧٠٧٧ - فإن قيل : لا نسلم أنه قبول واحد ؛ لأن قوله قبلت منكما كأنه قال : قبلت منك ، وقبلت منك .

١٧٠٧٨ - قلنا : معنى قولنا قبول واحد لأنه لا يفتقر إلى تكرار القبول وإنما يكتفي بقوله قبلت البيع . ولا يلزم إذا كان المشتري اثنين ؛ لأن ذلك مِلْكٌ بقبولين .

١٧٠٧٩ - ولا يلزم إذا كان اشترى دارين هو شفيع أحدهما ، لأن الطحاوي روى عن أبي حنيفة أنه يأخذها [١] ولأنه أخذ بعض ما ثبت له فيه الشفعة ، وهناك أخذ جميع ما ثبت الشفعة فيه .

١٧٠٨٠ - ولا يلزم على المشتري ما ملكه بثمن واحد مع ثبوت حق الشفعة في جميعه ، فصار كما لو اشترى شقصين من دارين هو شفيعهما . ولأن ما لا يملك أخذ بعض ما اشتراه من واحد بالشفعة لا يملك أخذ بعض ما اشتراه من اثنين . أصله الجار .

١٧٠٨١ - احتجوا : بأنه بيع في أحد طرفيه عاقدان ، فوجب أن ينفرد [٢] كل

= الماوردي : هما مسألتان متفق عليها ومختلف فيها ؛ فأما المتفق عليها فهي شقص لرجل واحد باعه صفقة على رجلين فللشفيع أن يأخذ الشقص كله منهما ، وله أن يأخذ حصة أحدهما ويعفو الأخر . وأما المختلف فيها فهي في شقص لرجلين باعاه صفقة على رجل واحد فعند الشافعي أن الشفيع بالخيار بين أن يأخذ من المشتري جميع الشقص وبين أن يأخذ منه حصة أحد البائعين دون الآخر . وبه قال الحنابلة . قال ابن قدامة : وعند الحنابلة إذا اشترى رجل من رجلين شقصًا فللشفيع أخذ أحدهما دون الآخر . وإن اشترى اثنان نصيب واحد فللشفيع أخذ نصيب أحد المشترين . وإذا تعدد المشتري والبائع واحد بأن ابتاع اثنان أو جماعة شقصًا واحدًا فقال ابن الزاغوني في المبسوط : نص الإمام أحمد على أن شراء الاثنين من الواحد عقدان وصفقتان ؛ فللشفيع إذن أخذ نصيب أحدهما وترك الباقي كما قال المصنف وغيره من الأصحاب ، وحكي عن القاضي أبو يعلي الفراء رواية أخرى تنص على عدم جواز تفرق الصفقة في الشفيع وذلك في حالة تعدد البائع . المغني مع الشرح الكبير (٥٣٠/٥) ، الإنصاف (٢٧٨/٦ - ٢٧٩) .

(١) قال الكرخي في مختصره : وإذا كان الشفيع شفيعًا لإحداهما دون الأخرى وقع البيع عليهما صفقة واحدة ؛ فإن الحسن بن أبي مالك روى عن أبي حنيفة أنه ليس له إلا أن يأخذ التي تجاوره بالحصة ، وكذلك روى ابن سماعة عن أبي يوسف . وكذلك روى هشام بن محمد في رجل اشترى دارين متلاصقين ، وله جار يلي إحداهما قال : فإنه يأخذ التي تليه ، ولا شفعة له في الأخرى . وقال القدوري في شرحه : وذلك لأن حق الشفعة تعلق بإحدى الدارين دون الأخرى ، والصفقة إذا جمعت بين ما لا تعلق به الشفعة وبين ما تتعلق به أخذ الشفيع ما تعلقت به الحصة . حاشية الشلبي على التبيين (٢٦٢/٥) ومختصر اختلاف العلماء (٢٤٦/٤) .

(٢) في (ع) ، (م) : [يتصرف] .

واحد منهما بحكم الشفعة . أصله : إذا باع الواحد من اثنين [١] .

١٧٠٨٢ - قلنا : هناك لا ضرر على المأخوذ منه ، لأنه يأخذ منه جميع ما ملكه ، ولا ضرر على شريكه ؛ لأنه قد رضي بضرر الشركة فلا فصل بين أن يشاركه المشتري أو الشفيع .

١٧٠٨٣ - وفي مسألتنا على المشتري ضرر في التبعيض ؛ لأن الشفعة وجبت في جميع ما ابتاعه بقبول واحد لنفسه فلم يجز الأخذ منه على وجه يُضرُّ به كما لو اشترى من واحد .

* * *

(١) انظر هذا الدليل في الحاوي الكبير (٢٨٩/٧) وفيه : « أنه عقد اجتمع في عقد أحد طرفيه عاقدان فوجب أن يكون في حكم العقدين ، كما لو كان المشتري اثنين ، ولأن اجتماع البائعين في عقد كافتراقهما في عقدين . ألا ترى أنه لو كان لكل واحد منهما عبد فباعاهما في عقد واحد بثمن واحد لم يجز للجهالة بثمن كل واحد منهما ، ولو كانا لرجل واحد جاز للعلم بثمنهما ؛ فعلى هذا لو كان الشقص لرجلين فباعاه معًا في عقد واحد على رجلين فحكم هذا العقد حكم أربعة عقود فيكون للشفيع أن يأخذ الشقص كله بالعقود الأربعة » .

إذا أقر المشتري بثمن معين وأخذها الشفيع بذلك الثمن ثم أقام البائع البينة على خلاف ذلك

١٧٠٨٤ - قال أصحابنا : إذا أقر المشتري أنه اشترى بألف فأخذ الشفيع بذلك ، ثم أقام البائع البينة أنه باع بألفين فقضى له القاضي ، أخذ من المشتري ألفين ورجع على الشفيع بألف [١] .

١٧٠٨٥ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يرجع عليه بشيء [٢] .

١٧٠٨٦ - لنا : أن ثمن الشقص لزم المشتري بالعقد ، فثبت في حق الشفيع ، كما لو أقام البائع البينة ابتداء . ولأن ثمن الشقص لزم المشتري ، لم يلحق به زيادة ، فلزم الشفيع . أصله الثمن الذي تصادق المشتري والبائع عليه .

١٧٠٨٧ - احتجوا : بأن الشفيع أقر بأن الثمن ألف ، فإن أقام البينة على هذا فقد زعم أن البائع أخذ منه ظلمًا وتعديًا فلا يرجع به ، وإن عاد إلى تصديق البائع فقد أكذب نفسه فيما أقر به للشفيع فلا يقبل .

١٧٠٨٨ - قلنا : أبطل القاضي اعترافه بحكمه ، فسقط اعتباره ، كما لو أقر أن المبيع للبائع فاستحق رجع بالثمن ، وإن كان في زعمه أنه ظالم بأخذه المبيع منه بغير حق .

---

(١) المبسوط (١٢٥/١٤) فيه : « إذ أقر الرجل أنه اشترى دارًا بألف درهم فأخذها الشفيع بذلك ، ثم ادعي البائع أن الثمن ألفان ، وأقام البينة فإنه يؤخذ ببينته ؛ لأنه يثبت بها حقه ويرجع الشفيع على المشتري بألف أخرى ، لأن الشفيع إنما يأخذها بالألف الذي سلمت به للمشتري ، وقد تبين أنها سلمت له بألفين ، ولا معتبر بإقرار المشتري أن الثمن كان ألف درهم ؛ لأنه صار مكذبًا في إقراره بقضاء القاضي فيسقط اعتبار إقراره » .

(٢) مختصر المزني مع الأم (٥٧/٣) والحاوي الكبير (٢٩٠/٧) وحلية العلماء (٢٩٧/٥) والروضة (٩٧/٥) ؛ ففي الحاوي قال المزني رحمه الله : ولو زعم المشتري أنه اشتراها بألف درهم فأخذ الشفيع بألف ، ثم أقام البائع البينة أنه باعه إياها بألفين فعلى المشتري ولا يرجع على الشفيع ، لأنه مقر أنه استوفى جميع حقهم. وبه قال المالكية والحنابلة ؛ ففي الكافي : إذا اختلف البائع والمشتري فقال البائع الثمن ألفان ، وقال المشتري هو ألف ، وأقام البائع بينة بدعواه ثبتت وللشفيع أخذه بألف ؛ لأن المشتري مقر أنه لا يستحق أكثر منها وأن البائع ظلمه فلا يرجع بما ظلمه على غيره . وفي المغني : إذا اختلف المتبايعان في الثمن فادعى البائع أن الثمن ألفان وقال المشتري هو ألف فأقام البائع بينة أن الثمن ألفان أخذهما من المشتري ، وللشفيع أخذه بالألف ، لأن المشتري مقر باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه . الكافي (٤٢٧/٢) والمنتقى (٢٠٦/٦) والمغني مع الشرح الكبير (٥٢٠/٥) والمبدع (٢٢٦/٥) ، الإنصاف (٣٠٥/٦) .

إذا كان المشتري شريكًا فهل للشفيع الآخر الشفعة أو لا ؟

١٧٠٨٩ - قال أصحابنا : إذا ابتاع أحد الشركاء نصيبًا في شركته فطالبه شريك آخر كانت الشفعة لهما وقسم الشقص المبتاع بينهما [١] . وكذلك [٢] فرع المزني على قول الشافعي [٣] .

١٧٠٩٠ - ومن أصحابهم [٤] من قال يأخذ الشقص الشفيع ولا شيء للمشتري فيه [٥] .

١٧٠٩١ - لنا : حديث ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال : « الشريك شفيع وهما شريكان » [٦] .

١٧٠٩٢ - ولأنهما يتساويان في السبب الموجب الذى يستحق به الشفعة ، فوجب

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (٢٥٢/٤) . وفيه : « قال أصحابنا : إذا اشتري دارًا هو شفيعها ولها شفيع آخر فإنه يأخذ نصفها » . وبقول الحنفية قال المالكية والحنابلة انظر المدونة (٤٠٧/٥) والبيان والتحصيل (٥٣/١٢) والكافي (٨٦٥/٢ - ٨٦٦) والمغني مع الشرح الكبير (٢٢٥/٥) والمبدع (٢١٤/٥) قال ابن قدامة : « إذا كان المشتري شريكًا فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه » .

(٢) في (ص) ، (ع) ، (م) : [ولذلك] . والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٣) مختصر المزني (٥٢/٣) والحاوي الكبير (٢٩٨/٧) والمهذب (٣٨١/١) . قال المزني ولو اشترى شقصًا وهو شفيع فجاء شفيع آخر فقال له المشتري : خذها كلها بالثمن أو دع وقال هو : بل آخذ نصفها كان ذلك له ؛ لأنه مثله وليس له أن يلزم شفعته لغيره . وقال الشيرازي في المهذب : هو المذهب .

(٤) في (ع) ، (ن) : [بين أصحابهم] .

(٥) حكاه أبو حامد الإسفرايني عن أبي العباس بن سريج وقال : وجدت أبا العباس بن سريج قائلاً بخلافه وموافقًا لأصحابه . الحاوي الكبير (٢٩٨/٧) . وفي المهذب (٣٨١/١) وللشريك أن يأخذ الجميع .

(٦) روى الإمام الترمذي في الجامع الصحيح كتاب الأحكام باب ما جاء أن الشريك شفيع رقم (١٣٧١ ٤١٤/٣) عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال : « الشريك شفيع والشفعة في كل شيء » . قال أبو عيسى هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث أبي حمزة السكري وقد روى غير واحد هذا الحديث عن عبد العزيز عن ابن رفيع عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلًا ، وهذا أصح . ورَوى البيهقي في السنن الكبرى كتاب الشفعة باب لا شفعة في ما لا ينتقل ويحول (١٠٩/٦) والدارقطني في سننه كتاب الأقضية والأحكام (٢٢٢/٤) رقم ٦٩٠ وروي الطحاوي في شرح معاني الآثار كتاب الشفعة باب الشفعة بالجوار (١٢٥/٤) وفي كنز العمال (٨/٧) رقم ١٧٧٠٣ . ويلاحظ أن لفظ « وهما شريكان » غير موجود في الحديث ، بناء على ما رجعنا إليه من المصادر .

أن يتساويا في استحقاقها إذا لم يتقدمه استحقاق ، أصله إذا اشتراه أجنبي .

١٧٠٩٣ - ولأنه شريك يملك ما هو شريك فيه ولم يعدل عن المطالبة بشفعة ثانية ، فإذا استحق عليه بالشفعة شارك المستحق ، كما لو ابتاع الشقص أجنبي فأخذه منه بالشفعة ، ثم حضر شفيع آخر .

١٧٠٩٤ - ولا يلزم إذا ابتاع الشفيع من المشتري ؛ لأنا احترزنا عنه في العلة الأولى بقولنا إذا لم يتقدمه استحقاق ، وفي العلة الثانية .

١٧٠٩٥ - قلنا : ولم يعدل عن المطالبة . ومتى وجبت له الشفعة بطل البيع فقد عدل عنها

١٧٠٩٦ - احتجوا : بأنه مشتر فوجب أن لا يستحق الشفعة على نفسه ، أصله إذا كانت الدار بين رجلين فاشترى أحدهما نصيب شريكه [1] .

١٧٠٩٧ - قلنا : لا يستحق الشفعة على نفسه لكن الشريك لا يستحق جميع الشقص لمساواة [2] المشتري .

١٧٠٩٨ - قالوا : الإنسان إنما يستحق حقًّا في [ملك] [3] غيره ، فأما أن يستحق في ملك نفسه فلا ، كما لو أتلف عبده [4] .

١٧٠٩٩ - قلنا : ليس يستحق / الشفعة في ملكه ، كمن يدفع شريكه استحقاق الشفيع عليه .

١٧١٠٠ - ولا يجوز أن يثبت له حق في ملك نفسه إذا زاحمه غيره ، كما يثبت لرب المال الشفعة في الدار التي اشتراها المضارب ، ويصير كسائر الشركاء متى ابتاع المضارب شقصًا منها .

* * *

(١) انظر هذا المعنى في المهذب (٣٨١/١) وفيه : « أن المشتري لا يأخذ النصف من نفسه وإنما تمنع الشريك أن يأخذ الجميع ويبقى الباقي على ملكه » .

(٢) في (ع) : [مسافات] وفي (م) : [مافات] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) ، (ن) .

(٤) هذا المعنى في الحاوي الكبير (٢٩٩/٧) .

مسألة ٨٤٤

حكم ما إذا اشترى الذمي من الذمي شقصا بخمر او خنزير

١٧١٠١ - قال أصحابنا : إذا اشترى الذمي من الذمي شقصًا بخمر (١) أو خنزير وجبت الشفعة فيه للمسلم والذمي (٢) .

١٧١٠٢ - وقال الشافعي : لا شفعة فيه (٣) .

١٧١٠٣ - لنا : أن النبي ﷺ قال : « الشفعة في كل شرك من ربع أو حائط » (٤) .

١٧١٠٤ - ولأنه شقص لو أخذه الشفيع من غير حكم أقره الحاكم في يده ؛ فإذا طلب أخْذَه حُكِم له بأخذه . أصله إذا باعه بمال مباح ، ولأنه بيع لغير أهل الذمة ، فجاز أن يستحق المسلم به عليهم الشفعة . أصله البيع وسائر المباحات .

١٧١٠٥ - ولأن كل متبايعين لو تقابضا وأُقِرّا على المبايعة فإنه يحكم للشفيع بالشفعة . أصله : إذا باعه شاة تركت التسمية عليها .

(١) الخمر لغة اسم لكل مسكر خامر العقل . يقال خمرت الشيء تخميرًا غطيته وسترته ، والجمع خمور وسميت بذلك لمخامرتها العقل . لسان العرب (١٢٥٩/٢) والمصباح المنير (٢١٧/١) مادة خمر .

(٢) الهداية (٣٢/٤) واللباب في شرح الكتاب (١١٤/٢) وتبيين الحقائق (٢٤٩/٥) والمبسوط (١٦٨/١٤) وفي التبيين : لو اشتري ذمي من ذمي عقارًا بخمر أو خنزيرًا فإن كان شفيعه ذميًا أخذ بمثل الخمر وقيمة الخنزير ؛ لأن هذا البيع يقتضي صحته فيما بينهم ، فإذا صح ترتبت عليه أحكام البيع . ومن جملة الأحكام وجوب الشفعة به فيستحقه ذميًا كان أو مسلمًا . غير أن الذمي لا يتعذر عليه تسليم الخمر فيأخذه بها ؛ لأنها من ذوات الأمثال . والمسلم لا يقدر على ذلك ، لكونه ممنوعًا من تمليكها وتملكها ، فيجب عليه قيمتها . وبه قال المالكية . الذخيرة للقرافي (٢٦٢/٧) وعبارته : « إن باع بخمر أو خنزير فقيمة الشقص عند أشهب ، لتعذر رد الثمن ، ولا قيمة للخمر ، وبقيمة الخمر عند عبد الحكيم ، وهو أشبه بمذهب ابن القاسم ؛ لأنه مما يضمن بالقيمة عند استهلاكه للنصراني » .

(٣) مختصر المزني (٥٩/٣) والحاوي الكبير (٣٠٢/٧) وروضة الطالبين (٧٣/٥) . قال الماوردي : إذا تبايع الذميان شقصًا بخمر أو خنزير تقابضًا فلا شفعة لمسلم ولا ذمي . وقال : لأن الخمر والخنزير لا قيمة له عنده بحال . والمسلم والذمي في الشفعة سواء . وأما عند الحنابلة فإن اشترى الذمي من الذمي شقصًا بخمر أو خنزير وقد أخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه . وإن جري التقابض بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا إلى قضاة المسلمين لم يحكم لهم بالشفعة . وقال أبو الخطاب : فإن تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكمنا لهم بالشفعة . انظر المغني مع الشرح الكبير (٥٥٢/٥) والشرح الكبير المغني (٥٤٥/٥) .

(٤) سبق تخريجه

١٧١٠٦ - احتجوا : بأنه بيع بما هو نجس العين فلا يصح البيع ، ولا تجب الشفعة كالبيع بالميتة والدم [١] .

١٧١٠٧ - قلنا : هناك لم يقر الذمي على العقد ، وفي مسألتنا أقر على هذا العقد ، فصار كالبيع بالثمن المباح .

١٧١٠٨ - قالوا : بيع بخمر فصار كالمسلم إذا باع بها [٢] .

١٧١٠٩ - قلنا : المسلم منع من تمول الخمر و التصرف فيها ، والكافر لم يمنع من التصرف [فيها] [٣] وأقر على تمولها [٤] .

* * *

---

(١) هذا الدليل في الحاوي الكبير (٣٠٢/٧) وفيه : « لأن كل بيع لو عقده مسلم سقطت فيه الشفعة وجب إذا عقده الذمي أن تسقط فيه الشفعة ، كما لو عقده بميتة أو دم » .

(٢) الحاوي الكبير (٣٠٢/٧) وفيه : « لأن كل من سقطت الشفعة في عقده بالميتة والدم سقطت الشفعة في عقده بالخمر والخنزير كالمسلم » .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ع) ، (م) .

(٤) هذا وقد أجمع الفقهاء على ثبوت الشفعة للمسلم على الذمي والذمي على الذمي ، واختلفوا في ثبوتها للذمي على المسلم . ولهم في ذلك قولان : القول الأول : هو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية إلى ثبوت الشفعة للذمي على المسلم مستدلين بعموم الأحاديث الواردة في ذلك وإجماع الأمة . والقول الثاني : هو ما ذهب إليه الحنابلة والحسن البصري والشعبي والأوزاعي مستندًا في ذلك بما روى البيهقي في السنن الكبرى (١٠٨/٦ - ١٠٩) في باب رواية ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الفقه عن رسول الله ﷺ « لا شفعة لنصراني » . انظر المبسوط (٩٣/١٤) ، تبيين الحقائق (٢٤٩/٥ - ٢٥٠) ، المدونة (٢٠٥/٤) ، مواهب الجليل (٣١٠/٥) ، الخرشي (١٦٢/٦) ، نهاية المحتاج (١١٢/٥) ، مغني المحتاج (٢٩٨/٢) ، المغني مع الشرح الكبير (٥٥١/٥) .

مسألة ٨٤٥

هل طلب الشفعة يسقط بالتأخير ؟

١٧١١٠ - قال أبو حنيفة : إذا صح طلب الشفعة لم يسقط بالتأخير [1] . هذه الرواية المشهورة . وذكر الطحاوى عن الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله : إذا أخرها ثلاثة أيام مع القدرة سقطت .

١٧١١١ - وكذلك روى [بشير] [2] بن الوليد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنه [3] ذكره في المنتقى [4] .

١٧١١٢ - وذكر أبو الحسن عن الحسن أنه قال : قياس قول أبو حنيفة أنه إذا أخرها شهرًا سقطت ، وهو قول محمد رحمه الله [5] .

---

(١) انظر الهداية (٢٨/٤) والبناية في شرح الهداية (٤٩٥/٨) ونتائج الأفكار (٣٨٥/٩) وتبيين الحقائق (٢٤٤/٥) وحاشية الشلبي عليه والمبسوط (١١٨/١٤) وبدائع الصنائع (١٩/٥) ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٧٥/٢) وفيه ولا تبطل الشفعة بتأخيره أي بتأخير طلب الأخذ مطلقًا بعد ما استقرت شفعته بالإشهاد عند الشيخين في ظاهر المذهب ، وعليه الفتوى ؛ لأن الحق قد ثبت بالطلب فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق . ولو كان التأخير بعذر من مرض أو سفر أو حبس أو عدم قاض يري الشفعة بالجوار في بلده لا يسقط بالإجماع ، وإن طالت المدة . وعن أبي يوسف إن أخره إلى مجلس حكم يبطل لتركه عند إمكان الأخذ ، وفي رواية إلى ثلاثة أيام ، وقيل يفتي بقول محمد وزفر ورواية أخرى عن أبي يوسف أن الشفيع إن أخر طلب الخصومة شهرًا بلا عذر بطلت الشفعة لتغير أحوال الناس وحاجتهم إليه ، وعليه المشاهير .

(٢) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) . وهو الفقيه القاضي بشير بن الوليد بن خالد الكندي نسبة إلى كندة بكسر الكاف قبيلة مشهورة باليمن ، هو أحد أصحاب الإمام أبي يوسف روى عنه كتبه وأماليه وسمع مالك بن أنس ، ولي القضاء ببغداد في زمان المعتصم بالله وشهد محنة خلق القرآن وحبس من أجله ، فهو كان يرى أن القرآن غير مخلوق . وتوفي سنة ٢٣٨هـ . الفوائد البهية ص٥٤ - ٥٥ والجواهر المضية (٣٥٣/١ - ٣٥٤) والفهرست لابن النديم ص٢٨٦ - ٢٨٧ وشذرات الذهب (٥٤/٢) .

(٣) مختصر اختلاف العلماء ص١٢١ . وفيه : « وإذا أشهد الشفيع على شفعته ، ثم تراخي بعد ذلك عن طلبها ، وقد أمكنه ذلك ، فإن أبا حنيفة وأبا يوسف رضي الله عنهما قالا : هو على شفعته أبدًا ما لم يسلمها ، وبه نأخذ . وقال محمد : إن طلبها إلى شهر قضى له بها . وإن تركها حتى يمضي لها شهر لا يطالبها فيه لم نقض له بها .

(٤) في (ن) : [الشفاء] .

(٥) البناية في شرح الهداية (٤٩٥/٨) وتبيين الحقائق (٢٤٤/٥) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٤٥٧/٢) .

١٧١١٣ - وقال الشافعي : إذا قال الشفيع للمشتري : قد أخذتها بالثمن والثمن معلوم ملكها بغير اختيار [المشتري] [١] ، وكذلك إن قال الحاكم قد أخذتها .

١٧١١٤ - قالوا : فإن لم يدفع الثمن بعد الملك حتى مضت ثلاثة أيام أبطل الحاكم أخذه [٢] .

١٧١١٥ - لنا : أن حقه قد استقر بالطلب ، والحقوق المستقرة لا تسقط بالتأخير كالديون . وهذا الوصف غير مسلم ؛ لأن عندهم إذا صحت المطالبة مَلَكَ ، والمِلْكُ يقتضي استقرار الحق ، ولأنه إذا ملك عندهم بقوله : أخذت ، لم يفسخ البيعُ الملكَ بتأخير الثمن كالمشتري إذا أخر ، ولأنه أخر الأخذ بعد صحة المطالبة ، فلم تسقط شفعته . أصله : إذا أخر بعذر .

* * *

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) ، (ن) والصواب ما أثبتناه كما في (ن) .

(٢) حلية العلماء (٣٠٥/٥) والحاوي الكبير (٢٤١/٧) . قال القفال الشاشي : فإن أراد الأخذ بالشفعة فإنه يملك الأخذ من غير حكم حاكم ، وإذا اختار تملكه ملكه ثم يدفع الثمن . وللمشتري أن يمنع تسليمه حتى يأخذ الثمن ، فإن تعذر على الشفيع الثمن في الحال قال ابن سريج : أجلته ثلاثًا فإن أدي وإلا فسخ الأخذ .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب المضاربة

المضاربة بالدراهم المغشوشة

١٧١١٦ - قال أصحابنا : « الدراهم التي فيها غش » (٢) ....

(١) تعريف المضاربة : في اللغة . ضارب فلان لفلان في ماله إذا اتجر فيه . . . وكأنه مأخوذ من الضرب في الأرض لطلب الرزق . قال تعالى : ﴿ وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ ﴾ [٢٠ : المزمل] . وعلى قياس هذا المعنى يقال للعامل ضاربٌ ؛ لأنه هو الذي يضرب في الأرض . وجائز أن يكون كل واحد من رب المال ومن العامل يسمى مضاربًا ؛ لأن كل واحد منهما يضارب صاحبه ، راجع لسان العرب لابن منظور (٢٥٦٦/٤) - ٢٥٦٩ ط دار المعارف . ويسميها البعض قراضًا أو مقارضة وهو إطلاق أهل المدينة .
أما في الاصطلاح : فهي عند الأحناف : عقد على الشركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر . اللباب في شرح الكتاب للميداني (١٣١/٢) ط . محمد علي صبيح . وعرفها الزيلعي بقوله : « المضاربة هي شركة بمال من جانب ، وعمل من جانب ، والمراد الشركة في الربح » . تبيين الحقائق للزيلعي (٥٢/٥) . ط دار المعرفة - بيروت - لبنان . ومن تعريف الأحناف للمضاربة تبين لنا أن المضاربة لو اختل فيها شرط كون الربح بين العامل ورب المال لا تكون مضاربة .
والمضاربة : عند المالكية ، أو القراض توكيل على تجر في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه إن علم قدرهما . مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب (٣٥٥/٥ ، ٣٥٦) ط النجاح بليبيا ، وعرفها الدردير بقوله : القراض دفع مالك مالاً من نقد مضروب مسلم معلوم لمن يتجر به من ربحه . راجع حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير (١٥٧/٣) ط دار أحياء الكتب العربية .
أما عند الشافعية : فعرفها الرملي بقوله : « العقد المشتمل على توكيل المالك لآخر ، وعلى أن يدفع إليه مالاً ليتجر فيه والربح مشترك بينهما » نهاية المحتاج لشرح المنهاج (١٦١/٤) ط دار الفكر ، وعرفها الخطيب بقوله : « هو توكيل مالك بجعل ماله بيد آخر ليتجر فيه ، والربح مشترك بينهما » الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع [١٥٥/٢] ط الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية .
وقد عرفها ابن قدامة بقوله من الحنابلة بأنها هي أن يشترك بدن ومال . ومعناها أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه ، وأن ما حصل من الربح بينهما ، حسب ما يشترطانه . (المغني لابن قدامة (٢٦/٥) ط دار الحديث) .
(٢) الدرهم اسم للمضروب من الفضّة وهو معرب ، وزنه فعلل بكسر الفاء وفتح اللام في اللغة المشهورة وقد تكسر هاؤه فيقال درهم حملاً على الأوزان الغالبة ، والجمع دراهم ، وجمع التكسير دراهيم . اللسان (١٣٧٠/٢) ، المصباح ١٩٣ « دره » ، والدراهم أنواع أربعة - جياد ، نبهرجه - النبهرج كالبهرج ، والدراهم البهرج : الذي فضته رديئة . اللسان بهرج (٣٧٢/١) ، نبهرج (٤٣٣٢/٦) . وزيوف - زافت عليه دراهم أي صارت مردودة لغش فيها . لسان العرب ، مادة « زيف » ٣ / ١٩٠٠ » . وستوقة - درهم - .
واختلفوا في تفسير النبهرجة : قيل : هي التي تضرب في غير دار السلطان ، والزيوف هي المغشوشة ، والستوقة صفر مموه بالفضة ، وقال عامة المشايخ : الجياد فضة تروج في التجارات ، وتوضع في بيت المال ، والزيوف ما =

تجوز المضاربة بها [١] .

١٧١١٧ - وقال الشافعي : لا يجوز [٢] .

= زيفه بيت المال « أي رده » ولكن تأخذه التجار في التجارات . ولا بأس بالشراء بها ، ولكن يبين البائع أنها زيوف ، والنبهرجة ما يرده التجار ، والستوقة أن يكون الطاق الأعلى فضة والأسفل كذلك وبينهما صفر ، وليس لها حكم الدراهم » . (حاشية ابن عابدين (٢٣٣/٥) ط مصطفي البابي الحلبي) . ونستطيع أن نستخلص من نص ابن عابدين السابق أن الدراهم أربعة أنواع : نوع لا خلاف على المضاربة به بين الفقهاء ، وهو الجياد ، وثلاثة دخلها غش على اختلاف درجته حسب الترتيب السابق ، ونص الإمام القدورى هنا يشعر بأن الدراهم المغشوشة تجوز المضاربة بها جميعًا قولًا واحدًا وليس كذلك ؛ ففي البدائع : « وأما الزيوف والنبهرجة : فتجوز المضاربة بها ، ذكره محمد ﷺ ؛ لأنها تتعين بالعقد كالجياد ، وأما الستوقة وهي أكثر أنواع الدراهم غشًا كما سبق ، إن كانت لا تروج ؛ فهي كالعروض ، أي لا تجوز المضاربة بها ، وإن كانت تروج فهي كالفلوس ، وذكر ابن سماعة عن أبي يوسف في الدراهم التجارية أنها لا تجوز المضاربة بها ؛ لأنها كسدت عندهم وصارت سلعة ، قال : ولو أجزت المضاربة بها أجزتها بمكة بالطعام ؛ لأنهم يتبايعون بالحنطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس . بدائع الصنائع للكاساني (٨٢/٦) ، ط دار الكتب العلمية ، بيروت . ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن القول في المضاربة بالدراهم المغشوشة جائز عند محمد في نوعين هما الأقل غشًا : الزيوف والنهرجة ، أما الستوقة : فأمرها معلق على رواجها ، فإن وجد الرواج جاز ، وإن كسدت امتنع كالفلوس . هذا عند محمد .. أما أبو يوسف فلا يرى جواز المضاربة بها ، من غير نظر إلى الرواج أو عدمه . وربما أرجع جواز المضاربة بالدراهم المغشوشة عند الأحناف إلى تعلق الزكاة بها ؛ فإن الأحناف لا ينظرون إلى الغش الواقع في الدراهم إذا بلغت نصابًا ما لم يكن الغش أكثر من الفضة ، ففي البدائع روي الحسن عن أبي حنيفة : أن الزكاة تجب في الدراهم الجياد ، والزيوف ، والنبهرجة ، والمكحلة ، والمزيفة ، قال : لأن الغالب فيها كلها الفضة ، وما تغلب فضته على غشه يتناوله اسم الدرهم مطلقا . والشرع أوجب « أي الزكاة » باسم الدراهم ، وإن يمسكها للتجارة يعتبر قيمتها ، فإن بلغت قيمتها مائتي درهم من أدنى الدراهم التي تجب فيها الزكاة وهي التي الغالب عليها الفضة تجب فيها الزكاة وإلا فلا » . (البدائع ١٧/٢) .

(١) راجع المسألة في البدائع (٨٢/٦) ، المبسوط (٢١/٢٢ ، ٢٢) ، وللمالكية فيها قولان أصحهما يوافق رأي الأحناف في الجواز ، راجع مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للحطاب (٣٥٨/٥) ، الدسوقي على الشرح الكبير (١٥٨/٣) .

(٢) الشافعية يقولون بمنع المضاربة بالدراهم المغشوشة ، إلا أنه يجب تقييد ذلك بألا يكون الغش مستهلكًا ، كيسير المعدن الذي يضاف إلى الفضة لمصلحة الصك ونحوه ؛ فإنه لا يؤثر في جواز التعامل بالدراهم عندهم . جاء في نهاية المحتاج بعد أن ذكر منع المضاربة بالمغشوش : « نعم إن استهلك غشه جاز العقد عليه كما جزم به الجرجاني » . - وقد نقل صاحب نهاية المحتاج ومغني المحتاج وغيرهما أن الإمام السبكي من الشافعية قد خالف المذهب ، واختار الجواز إن كان يروج رواج غير المغشوش كالأحناف ، راجع نهاية المحتاج (٢٢١/٥) ، مغني المحتاج لأبي زكريا النووي (٣١٠/٢) ط مصطفى البابي الحلبي ، المهذب (٥٠٥/١) ، حاشية البجرمي على الخطيب (١٥٩/٣) ط مصطفى الحلبي ، فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي (٢/١٢) ط =

١٧١١٨ - لنا : أنه يجوز التجوز بها في ثمن الصرف [١] كالسود [٢] والنوع الرديء ، ولأنها أثمان في المعاملات كالجياد [٣] .

١٧١١٩ - ولأن الفضة لا تنطبع إلا بغش يسير ، ولا يغير ذلك حكمها لأن الغالب في الفضة كذلك في مسألتنا ، ولأنه لا يجوز بيعها بالجياد [٤] متفاضلًا ، فجاز المضاربة بها كالسود .

١٧١٢٠ - احتجوا : بأنها دراهم مغشوشة ؛ فصار كما لو كان الغش أكثر [٥] .

١٧١٢١ - قلنا : إذا كان الغالب غير الفضة فلا يخلو أن تكون نافقة [٦] أو كاسدة [٧] . فإن كانت نافقة فهي كالفلوس [٨] .

١٧١٢٢ - [وقد ذكر الحسن [٩] عن أبي حنيفة ومحمد] [١٠] جواز

= مع المجموع للنووي دار الفكر ، حاشية الشرقاوي على التحرير (١٣/٢) ، إعانة الطالبين للسيد البكري (١٠٠/٣) ط مصطفى الحلبي . وبقول الشافعي قال المالكية في القول المرجوح والحنابلة ولهم وجه يوافق الأحناف ، ولكن المذهب الأول . راجع مواهب الجليل (٣٥٨/٥) ط . الدسوقي على الشرح الكبير (٣٥٨/٣) ، والإنصاف للمردى (٤٧١/٥) ط السنة المحمدية سنة (١٣٧٦) هـ .

(١) الصرف بيع الذهب بالفضة وهو من ذلك ؛ لأنه ينصرف به من جوهر إلى جوهر ، اللسان (٢٢٣٥/٣) « صرف » والمصباح (٣٣٨) « صرف » .

(٢) نوع من الدراهم .

(٣) الجيد نقيض الرديء والجمع جياد وجيادات جمع الجمع ، والجياد أحد أنواع الدراهم الأربعة . راجع : القاموس المحيط باب الدال فصل الجيم (٢٩٥/١) ، والمصباح (١١٤) « جـود » .

(٤) في (م) ، (ع) : [بالخيار وهو تصحيف] .

(٥) راجع الحاوي صـ ١١٠ .

(٦) نفق البيع نفاقًا : راج ، ونفقت السلعة تنفق نفاقًا بالفتح : غلت ورغب فيها . اللسان (نفق) (٤٥٠٧/٦) .

(٧) الكساد : خلاف النفاق ونقيضه ، والفعل يكسد ، وسوق كاسدة : بائرة . لسان العرب مادة (كسد) .

(٨) القاموس المحيط باب السين فصل الفاء (٢٤٦/٢) ، واللسان (٣٤١٠/٤) ، والمراد بالفلوس : ما يتعامل به الناس من المال من العملة المصكوكة من غير الذهب والفضة ، كالنحاس والبرونز وغيرها .

(٩) بجميع النسخ أبو الحسن وهو خطأ ما أثبتناه من بدائع الصنائع (٨٢/٦) ، والمبسوط (٢١/٢٢) ، وهو الحسن بن زياد اللؤلؤي ، ﷺ صاحب أبي حنيفة ولي قضاء الكوفة سنة ١٩٤ هـ ثم استعفى ، أخذ عن محمد بن سماعة ، وله كتاب المجرد والأمالي وهو ينسب إلى بيع اللؤلؤ ، توفي سنة ٢٠٤ هـ الفوائد البهية في تراجم الحنفية للعلامة أبي الحسنات اللكنوي صـ ٦٠ ط دار المعرفة بيروت . أما أبو الحسن المذكور . فالمراد به أبو الحسن الكرخي وتأتي ترجمته .

(١٠) - ساقطة من (ع) .

المضاربة [١] بالفلوس . وإن كانت كاسدة فالمعنى فيها أنها ليست بثمن ، وهذا معنى يمنع المضاربة من غير وجود العين ، كالنقرة [٢] .

* * *

(١) المضاربة بالفلوس عن محمد في جوازها روايتان : إحداهما : ما ذكره المصنف ، وهي رواية الحسن ، وبها قال محمد بن الحسن أيضًا ، وهناك رواية أخرى عن محمد بعدم الجواز ، وهو رأى زفر أيضًا ، راجع البدائع (٨٢/٦) .

(٢) النقرة من الذهب والفضة : القطعة المذابة ، وقيل : هو ما سبك مجتمعًا منهما ، والنقرة السبيكة ، والجمع نقار . راجع اللسان (نقر) (٤٥١٩/٦) ، والمصباح (٦٢١) (نقر) .

مسألة ٨٤٧

المضاربة بثمن السلعة

١٧١٢٣ - قال أصحابنا : إذا دفع إليه ثوبًا [١] وقال : بعه واعمل بثمنه مضاربة ؛ جاز .

١٧١٢٤ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز [٢] .

١٧١٢٥ - لنا : أنها استنابة في التصرف ؛ فجاز تعليقها بالشرط . أصله الوصية [٣] .

١٧١٢٦ - ولأنه [٤] جعل إليه [٥] الشراء بثمن جعل إليه بيعه ، كما لو قال : وكلتك بيع هذا العبد بألف ، وشراء هذا الثوب بثمنه . مبنية على جواز تعليق الوكالة بالحظر [٦] .

١٧١٢٧ - احتجوا : بأن المضاربة لا تنعقد على مال مجهول ، فلا تتعلق بشرط كالبيع .

١٧١٢٨ - قلنا : هذا الوصف [٧] غير مسلم ؛ لأنه لو دفع إليه دراهم لا يعلم

---

(١) ذكر الثوب هنا على سبيل المثال ، وكل عرض يمكن بيعه يقوم مقامه . قال في المبسوط : « ولو قال بع عبدي هذا واقبض ثمنه واعمل فيه مضاربة على أن ما رزق الله تعالى في ثمنه من شيء فهو بيننا نصفان فهو جائز » ، وفي البدائع : « وقد قالوا إنه لو دفع إليه عروضًا ، فقال له : بعها واعمل بثمنها مضاربة ، فباعها بدراهم أو دنانير وتصرف فيها جاز . راجع المبسوط (٣٦/٢٢) ، البدائع (٨٢/٦) ، حاشية ابن عابدين (٦٤٨/٥) ، اللباب (١٣١/٢) ، وبه قال الحنابلة ، راجع شرح منتهى الإرادات للبهوتي . (٣٣٠/٢) ط دار الفكر .

(٢) - راجع المهذب (٥٠٥/١) ، والحاوي (١٢٠) وهو مذهب مالك . بداية المجتهد (١٧٨/٢) .

(٣) قال في البدائع : ولو قال : إن كان في بطن فلانة جارية فلها وصية ألف ، وإن كان في بطنها غلام فله ألفان فولدت جارية « لستة أشهر إلا يومًا ، وولد غلام بعد ذلك بيومين ، فلهما جميع الوصية » البدائع (٣٣٦/٧) ، ويفهم من النص السابق جواز تعليق الوصية على الشرط .

(٤) أي رب المال . (٥) أي إلى المضارب .

(٦) تعليق الوكالة جائز عند الأحناف ، أما عند الشافعية : فليس على إطلاقه ، لأن المذهب عندهم عدم جوازه . وجوزه بعض الأصحاب منهم ، وإنما الجائز على إطلاقه عندهم أن ينجز الوكالة ، ثم يعلق التصرف على شرط مستقبل ، كأن يقول مثلًا : وكلتك أن تطلق امرأتي أو تبيع مالي بعد شهر ؛ لأنه لم يعلق عقد الوكالة على شرط ، وإنما علق التصرف . راجع البدائع (٢٠/٦) والمهذب (٥٦٠/١ ، ٥٦١) .

(٧) أي أن المضاربة لا تنعقد على مال مجهول كالبيع ، وهو ما يترتب على تعليق أي منهما على شرط يؤثر في المال مجهول كالبيع ، وهو ما يترتب على تعليق أي منهما على شرط يؤثر في المال كمسألتنا بالنسبة للمضاربة .

وزنها ، لم يعرف مقدارها ، فالمضاربة أولى (١) .

١٧١٢٩ - ولأن المقصود من البيع الملك ، وذلك لا يقف على شرط ، فلم يقف العقد على شرط ، والمقصود بالمضاربة الربح ، وذلك موقوف على الشرط (٢) ؛ فجاز أن يقف العقد على الشرط .

* * *

(١) معنى هذا : أنه لو دفع ثمنًا في البيع صرة من المال ، لا يعلم قيمتها وزنًا ، جاز بها البيع مع كون مقدار الثمن مجهولًا ، كمن قال بع لي هذا الكتاب بهذه الصرة من المال . وعلى ذلك فكان ينبغي أن يجوز في المضاربة . والحق أن الجهالة ينبغي أن تنتفي عن المضاربة أكثر من البيع ؛ لأن الجهالة مغتفرة في البيع مع الرضى بها ، لأن ضررها محدود ينتفي بمعرفة وزن الصرة أو عدها ونحوه ، ثم يملك كل واحد منهما عوضه بعد ذلك ، وقد رضي به ، أما في المضاربة : فإن الجهالة يترتب عليها نزاع عند المقاسمة وفصل رأس المال عن الربح .

(٢) من المعلوم أن العامل في المضاربة يستحق الربح بالشرط ، ولذا فمقدار المشروط يكون له حتى ولو قال رب المال ضاربني على الثلث أو الربع ، يفهم منه : أن المشروط للعامل وليس لرب المال ؛ لأن رب المال يستحق برأس ماله .

تاقيت المضاربة

١٧١٣٠ - قال أصحابنا : إذا وَقَّتَ المضاربة جاز (١) .

١٧١٣١ - وقال الشافعي : لا يجوز أن يقارض إلى مدة (٢) .

١٧١٣٢ - قال أصحابه (٣) : قال : قارضتك سنة ، فإذا مضت فلا تبع (٤) ولا تشتر ، أو تشتري ولا تبيع ، فالقراض باطل ، وإن قال : على أنك بعد السنة لا تشتري ولك أن تبيع ؛ فهو جائز .

١٧١٣٣ - لنا : حديث عائشة (٥) رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال « الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ » (٦) .

---

(١) وهو قول الحنابلة في إحدى الروايتين . راجع البدائع (٩٩/٦) ، الهداية للمرغيناني (٢٠٥/٣) ، طبع مع تكملة فتح القدير بدار إحياء التراث العربي تكملة فتح القدير لابن الكمال (٤٥٧/٨) ، المغني لابن قدامة (٦٨/٥) .

(٢) وهو مذهب مالك وبه قال الحنابلة ، وفي الرواية الثانية . راجع الأم (٢٣٥/٣) للشافعي ط الشعب ، مختصر المزني بهامش الأم (٦١/٣) ، البجرمي على الخطيب (١٦١/٣ ، ١٦٢) ، الجمل على شرح المنهج لزكريا الأنصاري (٥١٤/٣) ، ط دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان ، الحاوي (١٢٦) ، بداية المجتهد (١٨٠/٢) ، المغني لابن قدامة (٦٨/٥) .

(٣) الصواب : « بعض أصحابه » راجع المهذب (٥٠٦/١) ، فتح العزيز (١٨/١٤ ، ١٩) .

(٤) في (م) ، (ع) : [بيع] .

(٥) الصديقة بنت الصديق أم المؤمنين عائشة بنت أبي بكر الصديق بن عثمان ، أفقه نساء المؤمنين وأعلمهن بالدين والأدب تكنى بأم عبد الله ، تزوجها النبي ﷺ في السنة الثانية بعد الهجرة فكانت أحب نسائه إليه ، توفيت بالمدينة المنورة سنة ٥٧ هـ ولها ٢٢١٠ حديث . راجع : الأعلام للزركلي (٣ / ٢٤٠) ط دار العلم للملايين - بيروت ، والإصابة في تمييز الصحابة (٣٥٩/٤) ، ط دار النهضة / ووفيات الأعيان لابن خلكان (١٦/٣) وغيرها .

(٦) الحديث أخرجه البخاري معلقًا وأغلب أحاديث البخاري المعلقة وصلها ابن حجر في شرحه ، فهي صحيحة ويحتج بها . صحيح البخاري باب أجر السمسرة (١٢٠/٣) ، ط الشعب ، ومن حديث عائشة أخرجه الدارقطني وفيه زيادة « ما وافق الحق » سنن الدارقطني (٢٧/٣) رقم ٩٨ والحاكم في المستدرك باللفظ السابق (٤٩/٢) . راجع : السنن له (٢٠/٤) ، رقم (٣٥٩٤) وكذا الطبراني في المعجم الكبير (١٢/٧) رقم ٣٠ وانظر مصنف ابن أبي شيبه فقد ذكره من حديث « عمر وشريح » في كتاب البيوع والأقضية المصنف (٥٦٨/٦) ط الرشيد بالمدينة المنورة ، ومن المعلوم أن كثرة الطرق يقوي بعضها بعضًا ، لاسيما وقد ذكره البخاري ، وهو من أصح الكتب بعد كتاب الله ﷻ .

١٧١٣٤ - ولأنه أذن في التصرف ؛ فلا يبطله التوقيت كالوكالة [1] .

١٧١٣٥ - ولأن البيع عقد تتضمنه المضاربة ، فإذا شرط توقيته فيها لم يبطل كالشراء [2] .

ولأنه أحد شطري عقد البيع ، فإذا وقته في المضاربة لم يبطل كالشراء [3] .

١٧١٣٦ - احتجوا : بأنه شرط ليس من مصلحة العقد ينافي مقتضاه ، فأشبه إذا شرط في البيع أنه لا يقبض المبيع [4] .

١٧١٣٧ - قلنا : يبطل إذا قال على أن لا تشتري بعد المدة ، ولأن القبض في المبيع موجب البيع ، فصار في مسألتنا كما لو قال : عليّ أن لا أسلم إليك المال . وأما عموم التصرف : فليس من موجب [5] العقد ، وإنما هو مقتضاه [6] . ومقتضى المضاربة إذا نفاه لم يفسدها كما لـو [7] نفى الشراء .

١٧١٣٨ - قالوا : عقد غير مؤقت ؛ فإذا شرط فيه التوقيت بطل كالنكاح [8] .

١٧١٣٩ - قلنا : يبطل بالوكالة ، ويبطل بتوقيت الشراء ، والمعنى في النكاح : أن التوقيت إذا دخل في بعض مقتضاه ؛ لم يصح كذلك في مقتضاه ، ولما كان دخول التوقيت في بعض مقتضى المضاربة يصح كذلك فصح في باقيها .

١٧١٤٠ - قالوا : المقصود بالعقد : تحصيل الربح عند المقاسمة [9] فإذا شرط أن لا

---

(١) هذا الاستدلال الذى استدل به المصنف يتفق مع قول بعض أصحاب الشافعي بجواز تأقيت الشراء ، وقد استدلوا به في تعليلهم لجواز تعليق الوكالة على شرط مستقبل ، وإن كان المذهب على خلافه ، حيث قالوا : ولأنه أذن في التصرف ، فلا يبطله التأقيت كالوصية . ومن المعلوم أن كلًّا من الوصية والوكالة يقبلان التأقيت ؛ لأن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت فهي مؤقتة أصلًا . والوكالة استثناء من أصل وهو تصرف الإنسان لنفسه ، فإذا وكل غيره ليتصرف له ، كان هذا استثناء من الأصل السابق ، فجاز أن يجعل له مدة معينة ، والمذهبان متفقان على هذا . راجع البدائع (٢٠/٩٦) ، المهذب (٤٦٢/١) ، فتح العزيز (١٩/١٢) .

(٢) هذا رد على تفريق بعض أصحاب الشافعي بين تأقيت الشراء وتأقيت البيع ، حيث أجازوه في الشراء ، ومنعوه في البيع .

(٣) الحق أن هذا قياس مع الفارق ، لأن تأقيت الشراء لا يترتب عليه ضرر ، بخلاف تأقيت البيع فقد يترتب عليه ضرر يعود على المضارب ؛ إذ إن حقه يتعلق بظهور الربح ، وهذا لا يتم إلا بالبيع ، ففارق البيع الشراء من هذا الوجه .

(٤) راجع المهذب (٥٠٦/١) .

(٥) أي سبب إنشائه .

(٦) ما يترتب على العقد من أثر .

(٧) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) .

(٨) راجع المهذب (١ / ٥٠٦) .

(٩) راجع المهذب المرجع السابق والحاوي (١٢٧) .

يبيع بعد السنة فربما انقضت وعنده عروض لا يتمكن من بيعها ، فلا تظهر الفائدة ، فيبطل مقصودة بعقد [١]

١٧١٤١ - قلنا : عندنا لا يبطل العقد ، ولا يثبت هذا القول ، ثم هذا لا يبطل مقصود العقد لأنه يجوز أن يلزم [٢] ربُّ المال المضاربُ العروضَ ، ويدفع [٣] نصيب المضاربِ [٤] ، فيحصل له مقصوده من العقد مع وجود الشرط .

* * *

---

(١) راجع فتح القدير (١٩/١٢) .

(٢) أي يُلزم المضارب رب لمال العروض .

(٣) أي رب المال للمضارب .

(٤) في (م) ، (ع) : [المضاربة] .

تقيد رب المال للعامل في التصرف

١٧١٤٢ - قال أصحابنا : إذا دفع إليه مضاربة على أن لا يشتري سلعة إلا بعينها ، أو لا يشتري إلا من فلان ، جاز (٢) .

١٧١٤٣ - وقال الشافعي : لا يجوز أن يخص الشراء من واحد ، أو يخص (٣) سلعة بعينها (٤) .

١٧١٤٤ - قال أصحابه : إن عين له شيئًا لا ينقطع من أيدي الناس غالبًا جاز التخصيص (٥) ، كالطعام والثياب القطن . وإن عين ما يجوز أن يوجد ، وأن لا يوجد كلحم الصيد ببغداد ، وما يوجد في بعض الزمان كالرطب والعنب لم يجز (٦) .

١٧١٤٥ - لنا : أنه إذن في التصرف حال الحياة ، فلا يبطله التخصيص بعين من الأعيان ، كالوكالة (٧) .

---

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) وهو مذهب الحنابلة أيضًا راجع . المبسوط (٤٢/٢٢) ، البدائع (١٠٠/٦) والمغني (٦٨/٥ ، ٦٩) .

(٣) معطوف على النفي السابق .

(٤) وهو مذهب مالك راجع : مختصر المزني (٦١/٣) ، المهذب (٥٠٦/١) ، الحاوي (١٣٥) ، البجرمي على الخطيب (١٦٠/٣) ، بداية المجتهد (١٨٠/٢) المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس (١١٩/٥) ط دار صادر بيروت .

(٥) التخصيص هو إخراج بعض ما تناوله الخطاب منه . راجع : المحصول للإمام الرازي (٣٩٦/١) ، ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٦) راجع المراجع السابقة للشافعية .

(٧) الوكالة بكسر الواو وفتحها : التفويض والتسليم ، من وكلت الأمر إليه أي فوضته إليه واكتفيت به ، والتوكيل : إظهار العجز والاعتماد على الغير ، والوكيل القائم بما فوض إليه والجمع وكلاء ، راجع المصباح مادة « وكل » والقاموس المحيط باب اللام فصل الواو (٦٧/٤) والتعريفات للجرجاني (٢٢٧) ط مصطفي الحلبي . واصطلاحًا عرفها العيني : « بأنها إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم » ، وعرفها الشربيني : « بأنها تفويض شخص ماله وفعله مما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله في حياته . بدائع الصنائع (١٩/٦) والأصل في الوكالة أن تكون مخصصة ، لأن الوكيل يملك التصرف بالإذن ، فلزم أن يكون المأذون فيه معلومًا ، ولذا فإن الإمام الشافعي لم يجزها إلا في تصرف معلوم أي خاص ، ومنع عمومها لما فيه من غرر . وقسمها باقي الفقهاء إلى عامة وخاصة ، وفهم المراد قد يكون باللفظ ، وقد يكون بالعرف وبالجملة ، فإنهم مجمعون على جواز تخصيصها . راجع : البدائع (٢٩/٦) ، بداية المجتهد (٢٢٦/٢ ، ٢٧٧) تكملة المجموع (١٠٦/١٤) ط دار الفكر ، المغني (١٣١/٥ ، ١٣٢) .

١٧١٤٦ - ولا يلزم الوصية [١] ، لأنها تصرف بعد الموت ، ولأن التخصيص لا يبطلها [٢] .

١٧١٤٧ - ولا يلزم الإذن في التجارة ، لأن تخصيصه لا يبطله [٣] . ولأن ما جاز شراؤه من المضاربة جاز تخصيص المضاربة فيه ، إذا صح شراؤه وبيعه كالبر .

١٧١٤٨ - ولأن لرب المال غرضًا صحيحًا في تخصيص رجل بعينه لأمانته وثقته ، فصار كتخصيص النوع .

١٧١٤٩ - احتجوا [٤] : بأن المقصود بهذا العقد تحصيل الربح ، فإذا خص رجلًا بعينه ، جاز أن لا يبيعها مالكها ، وإذا خص ما لا يوجد في عموم الأوقات لم يقدر عليه المضارب [٥] ، فلم يوجد مقصود العقد .

١٧١٥٠ - قلنا : العقد قد أوجب له الربح فيما [٦] يبتاعه . فإذا كان يجوز أن يكون ، ويجوز أن لا يكون لم يمنع صحة العقد ، كما لو سمى نوعًا جاز العقد وإن جاز أن يحصل فيه الربح وجاز أن لا يحصل . فإن قيل تخصيص النوع مناف [٧] لتخصيص العين . ألا ترى أن في السلم [٨] لو خص نوعا جاز ، ولو خص متاعَ [٩] فلان [لم يجز ؟ .

١٧١٥١ - قلنا : لا نسلم ، وأنه لا يجوز أن تنعقد ، ولا يحصل الملك والتسليم ، فإذا سمى متاع] [١٠] فلان جاز أن يحصل [وجاز ألا يحصل [١١]] ، فلم يصح

---

(١) أوصى الرجل ووصاه : عهد إليه ، والوصية ما أوصيتَ به ، والوصي الذي يوصى والذي يوصى له . اللسان (وصى) (٤٨٥٣/٦ ، ٤٨٥٤) ، القاموس المحيط باب الياء فصل الواو (٤٠٣/٤) .

(٢) لأن الوصية تبرع محض .

(٣) تأتي المسألة فيما بعد ، وانظرها في البدائع (١٩٢/٧) ، المبسوط (٢٥/٥) تبيين الحقائق (٢٠٤/٥) .

(٤) راجع المهذب (٥٠٦/١) ، تكملة المجموع (٣٦٩/١٤) ، البجرمي (١٦٠/٣) والحاوي (١٣٥) .

(٥) في (ن) : [المضاربة وهو خطأ] .

(٦) في (ن) : [فلم] وهو خطأ .

(٧) في (ن) : [مفارق] .

(٨) السلم : لغة السلف والتقديم والتسليم ، والسلم الاسم : من أسلمت وهو تسليم رأس المال . وشرعًا : اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلًا ، وفي المثمن آجلًا ، والمبيع مسلمًا فيه ، والثمن رأس المال ، والبائع مسلمًا إليه والمشتري رب السلم . راجع : القاموس المحيط باب الميم فصل السين (١٣١/٤) ، التعريفات (١٠٦) ، البدائع (٢٠١/٥) ، وحاشية ابن عابدين (٢٠٩/٥) .

(٩) في (م) ، (ع) : [متاعًا] .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) زيد ما بين المعكوفتين ، حتى يستقيم المعنى .

العقد ، لأن المضاربة يجوز أن توجد صحيحة ولا يستحق المضارب فيها [١] ربحًا ، فإذا وقعت على وجه يجوز أن يحصل ويجوز أن لا يحصل لم تبطل .

١٧١٥٢ - فإن قيل : الوكالة يجوز أن تقع بالشراء دون البيع [٢] وبالبيع دون الشراء ، فكذلك يجوز أن تختص . والمضاربة لا يجوز أن تقع علي الشراء دون البيع ، فلم يجز أن تختص .

١٧١٥٣ - قلنا : إذا شرط الشراء دون البيع لم يجز أن يحصل الربح فلم يصح الشرط ، ومتى شُرِطَ الشراء من فلان فيجوز أن يحصل ، ويجوز أن لا يحصل ، [فهو كالشراء المطلق الذي يجوز أن يحصل فيه الربح ويجوز أن لا يحصل] [٣] .

* * *

---

(١) وذلك في حالة عدم حصول ربح فيها .

(٢) لأن موجب المضاربة هو الربح ولا يحصل بالشراء دون البيع .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٨٥٠

نفقة المضارب في السفر (١)

١٧١٥٤ - قال أصحابنا : إذا سافر المضارب فنفقته (٢) في مال المضاربة .

١٧١٥٥ - وقال الشافعي في البويطي (٣) : نفقته في طعامه وكسوته على نفسه (٤) .

---

(١) ينبغي التفريق بين السفر المباح والممنوع ؛ لأن محل النزاع في المسألة يتعلق بالسفر المباح فقط . فعقد المضاربة لا يخلو إما أن يكون نص فيه على الإذن بالسفر ، أو المنع منه ، وإما أن يكون مطلقًا لم ينص فيه على واحد من الأمرين . فإن كان مطلقًا فيرى الأحناف والمالكية والحنابلة في رواية جواز السفر للمضارب بمال المضاربة ، لأن السفر من عادة التجار ، فيستفاد من إطلاق عقد المضاربة ، بينما منعه الشافعي والحنابلة في الرواية الثانية ؛ لأن فيه تغريرًا ومخاطرة بالمال . وأما إن نص في العقد على واحد من الأمرين المنع أو الجواز فيجب الالتزام بما نص عليه ، ولم تجز المخالفة بإجماع الفقهاء . ومن خلال ما سبق نرى أن السفر المباح للمضارب يأتي من جهتين : الإطلاق على رأى الجمهور ، أو الإذن بالإجماع . فإذا كان السفر جائزًا للمضارب ، فهل له أن ينفق من مال المضاربة أو لا ؟ هذا هو محل الخلاف ، فبالجواز قال الأحناف والمالكية والحنابلة ، إلا أن الحنابلة يقولون : إذا اشترط النفقة لنفسه ، وبه قال إسحاق وأبو ثور أيضًا . راجع فيما سبق المبسوط (٦١/٢٢) ، الهداية (٢١١/٣) ، والبناية (٧١١/٧) ، مختصر الطحاوي صـ (١٢٥) ، ط دار الكتاب العربي بالقاهرة البدائع (٨٨/٦) ، وحاشية ابن عابدين (٦٥٧/٥) ، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لداماد أفندى (٣٣٣/٢) ط ، إحياء التراث العربي بيروت ، لبنان ، بداية المجتهد (٢ /١٨١) ، المدونة (٩٢/٥) المغني (٤١/٥) وتأتي مراجع الشافعية .

(٢) النفقة التي للمضارب في حال المضاربة عند الأحناف هي طعامه وكسوته ودهنه وغسل ثيابه ، وركوبه في سفره إلى المصر الذي أتاه بالمعروف ، وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف : أن دهنه ليس من مال المضاربة ؛ لأنه تندر الحاجة إليه ، أما أجر الطبيب وثمن الدواء وغير ذلك : فقد روى الحسن عن أبي حنيفة : أن ذلك في مال المضاربة . وتعقبه السرخسي قائلًا : إن المضارب يستوجب النفقة (أي كنفقة الزوجة) وثمن الدواء وأجر الطبيب والحجام وما يحتاج إليه للعلاج ليس منها بدليل أن الزوجة لا تستحق شيئا منها . وهذا هو الذي يتمشى مع ما ذكره المصنف هنا من استدلال . راجع المبسوط (٦٣/٢٢) ، تحفة الفقهاء للسمرقندى (٢٩/٣) ، ط جامعة دمشق .

(٣) أبو يعقوب يوسف بن يحيى البويطي المصري فقيه مناظر صحب الإمام الشافعي وقام مقامه في الدرس والإفتاء بعد وفاته ، وحمل إلى بغداد أيام الواثق محمولًا على بغل مقيدًا ، وأريد منه القول بأن القرآن مخلوق فامتنع ، فسجن وتوفى في سجنه ببغداد سنة ٢٣٢ هـ ، من آثاره : المختصر الكبير والصغير وكلاهما في الفقه ، والفرائض وغيرها . له ترجمة في طبقات الشافعية للأسنوي (٢٠/١) ط بغداد ، طبقات السبكي (٢٧٥/١ - ٢٧٩) ، الشيرازي (٩٨) ، الأعلام (٩ / ٣٣٨) وغيرها .

(٤) جاء في مختصر البويطي « وليس له أن يأكل ويلبس من القراض في حضر ولا سفر إلا أن يأذن صاحبه » راجع مختصر البويطي ، مخطوط بمكتبة أحمد الثالث بتركيا برقم ١٠٧٨ ورقة ٣٩ وراجع المهذب (٥٠٨/١) =

١٧١٥٦ - وقال في المزني [١] : له أن ينفق بالمعروف [٢] ، فمن أصحابه [٣] من قال لا ينفق من المضاربة قولًا واحد ، ومنهم من قال على قولين ، ومقدار ما ينفق على وجهين : أحدهما : جميع ما يكفيه ، والآخر : ينفق من المال الزيادة على نفقة الحضر [٤] .

١٧١٥٧ - لنا : أنها مؤنة تلزمه لسفر المضاربة ، فوجب أن تكون منها . أصله : حمل المتاع ، ولأنه منفرد بالتجارة في ملك غيره بإذنه لمنفعته من غير ضمان ؛ فجاز أن ينفق منه كالعبد المأذون . ولا يلزم الوصي [٥] .

١٧١٥٨ - ولأن [٦] تصرفه من طريق الحكم لا بالإذن ، [ولأنه لا يتصرف] [٧] بإذن المالك ، ولأنه / لا يتصرف لمنفعة نفسه .

١٧١٥٩ - ولا يلزم الأجير [٨] لأنه يعمل ببدل مضمون .

١٧١٦٠ - ولا يلزم المبْضَع [٩] والوكيل ؛ لأن ، كل واحد منهما لا [١٠] يتصرف لمنفعة نفسه .

١٧١٦١ - احتجوا : بأنه رضي بنصيبه من الربح فلا يستحق الزيادة عليه من غير شرط [١١] .

١٧١٦٢ - قلنا : النفقة ليست مستحقة له ، لكنها من مؤن المال ، كأجر الأجراء للعمل

= وهو رأي الحنابلة أيضًا في حالة عدم اشتراطه النفقة . راجع المغني (٥/٤١) .

(١) إسماعيل بن يحيى بن عمرو بن إسحاق أبو إسحاق أبو إبراهيم المزني ، أحد أصحاب الإمام الشافعي المتقدمين الذين نقلوا عنه مذهبه الجديد ، قال الشافعي عنه : لو ناظره الشيطان لغلبه . له تضانيف ، منها : المختصر والترغيب في العلم ؛ توفي سنة ٢٦٤ هـ . طبقات الشيرازي (٢/٢٩٩) ، الأعلام (١/٣٢٩) ، وغيرها .

(٢) روى المزني في مختصره : أن له النفقة بالمعروف ، وقال في جامعه الكبير : « والذي أحفظ له أنه لا يجوز القراض إلا على نفقة معلومة في كل يوم وعما يشتريه فيكتسبه ، فجعل النفقة في الجامع واجبة معلومة ، كنفقات الزوجات ، وجعلها في المختصر بالمعروف . راجع مختصر المزني (٣ / ٦٢) ، ط الشعب والحاوي (١٥٠) .

(٣) في ن [فمن أصحابنا] وهو خطأ .

(٤) راجع المهذب (١/٥٠٨) ، نهاية المحتاج (٥/٢٣٥) ، الجمل على شرح المنهج (٣/٥١٩) ، الحاوي (١٥١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الوطئ] وهو خطأ . (٦) في (م) ، (ع) : [ولأنه] .

(٧) ما بين القوسين ساقط من (ن) . (٨) في (ن) ، (م) : [والأجر] .

(٩) في (م) : [البضع] . (١٠) ساقطة من (ع) .

(١١) راجع شرح البهجة (٣/٢٩٠) ، ط الميمنية بمصر ، مغني المحتاج (٣/٣١٧) ، وهذا القول للحنابلة أيضًا ، المغني (٥/٤٢) .

في المال ، وأجرة الحمال (١) ، ولأنه (٢) شرط لنفسه قدرًا من الربح ليسلم له ، فإذا جعلنا نفقة السفر الذي تكلفه لأجل المال عليه يسلم له المقدار الذي شرطه فيتقابل الأمران .

١٧١٦٣ - قالوا : نفقة تخص المضارب فكانت في ماله كنفقة الحضر (٣) وأجر الطبيب وثمن الدواء (٤) .

١٧١٦٤ - قلنا : نفقة الحضر في ماله ؛ لأنه لم يتكلف الإقامة لأجل المال ، ألا ترى أنه لو لم يأخذ المضاربة لأقام في وطنه ، وإذا لم يتكلف الإقامة لأجل المال لم ينفق منه ؟ وأما السفر فقد تكلفه لأجل المال المنفعة غير مضمونة ؛ فلذلك كانت النفقة من المال . وأما أجرة الطبيب وثمن الدواء فلأن النفقة أوجبتاها بالعادة ؛ فاعتبرت النفقة التي اعتادها (٥) الناس .

١٧١٦٥ - ولأن العقد إذا اقتضى نفقة من مال الغير (٦) لم يدخل فيها الدواء ، وأجر الطبيب كنفقة الزوجة في مال الزوج (٧) .

١٧١٦٦ - قالوا : من لا يجوز له أن ينفق من مال الغير في الحضر لا ينفق في السفر كالأجير (٨) (٩) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [أنه] .

(٢) قال في النكت : ردًا على قول المصنف « ولأنه شرط لنفسه .. » قلنا يبطل بنفقة الحضر ، ثم هذا يعارضه أن رب المال إنما قصد أن يسلم له الربح ، فإذا جعلنا الربح والنفقة عليه ، فربما أتت على الربح ، وقد تزيد فيأخذ من رأس المال . راجع النكت (كتاب المضاربة) .

(٣) المهذب (٥٠٨/١) ، والمغني (٤٢/٥) .

(٤) أي كأجر الطبيب وثمن الدواء في حالة السفر ، فهي في ماله عند القائلين بالنفقة له في السفر وليس في مال المضاربة .

(٥) في (ن) : [يعتادها] .   (٦) في (م) ، (ع) : [العين] وهو خطأ .

(٧) من المعلوم أن من جعل للمضارب النفقة في السفر وجعلها بالمعروف قاسها على نفقة الزوجة من مال الزوج ؛ لأن المضارب في سفره محبوس لأجل المضاربة ، كما حبست الزوجة في بيت الزوج ، فوجبت لها النفقة في مال الزوج . وقد اتفق المذهبان على أن نفقة الزوجة في مال الزوج لا يدخل فيها ثمن الدواء ولا أجر الطبيب . راجع البدائع (٢٠/٤) ، المهذب (٢٠٧/٢) ، وقد ناقش الشيرازي قياس نفقة المضارب على نفقة الزوجة بجامع الحبس في كل بقوله : « قلنا : فيجب ذلك - أي النفقة - في الحضر كما قلنا في نفقة المرأة » ولأن النكاح آكد في البدل من المضاربة ، ولهذا يجب جميع البدل بالموت قبل التسليم ، ولا يجب في المضاربة . ولأن النكاح أخذ شبهًا من النسب ، ألا ترى أنه يستحق به الميراث بخلاف المضاربة ، راجع النكت (كتاب المضاربة) .

(٨) في جميع النسخ « الأجر » وهو خطأ ظاهر ؛ لأن المراد أن الأجير لا يجوز له أن ينفق من مال المؤجر وليس له إلا الأجرة سواء أكان في السفر أم الحضر .

(٩) قاعدة : « من لا يجوز أن ينفق من مال الغير في الحضر لا يجوز له أن ينفق منه في السفر كالأجير » .

١٧١٦٧ - قلنا : الأجير [(١)] يستحق بدلًا مضمونًا [(٢)] ، فإذا وثق بسلامة ما رضي به من البدل لم يستحق النفقة . وأما المضارب فيجوز أن يَسْلَمَ له العوض ، ويجوز أن لا يَسْلَمَ [(٣)] ، والإنسان لا يعمل إلا طلبا للمنفعة فلا نحملهُ [(٤)] الإنفاق من ماله لغرض يجوز أن يسلم له ويجوز أن لا يسلم [(٥)] .

* * *

(١) بالنسخ [الأجر] وهو خطأ أيضًا . (٢) وهو الأجر .

(٣) وذلك في حالة عدم حصول ربح في مال المضاربة .

(٤) في (ن) ، (م) ، (ع) : [فتجعله] .

(٥) استدل الشافعية بدليل آخر لم يذكره المصنف ، قالوا إن النفقة قد تستغرق الربح فيلزم انفراده به « أي المضارب » وقد تزيد عليه فيلزم أخذه من رأس المال وهو ينافي مقتضاه (أي العقد) شرح البهجة (٢٩٠/٣) ، نهاية المحتاج (٢٣٥/٥) .

مسألة ٨٥١

شراء المضارب من يعتق عليه

١٧١٦٨ - قال أصحابنا : إذا اشترى المضارب من يعتق عليه وليس في المال فضل (١) ؛ صح الشراء (٢) . فإذا ظهر ربح ، عتق عليه نصيبه ، وإن اشتراه وفي المال فضل فالشراء لنفسه لا للمضاربة (٣) .

١٧١٦٩ - وقال الشافعي (٤) : إذا قلنا إن الربح لا يملك إلا بالمفاصلة (٥) لم يعتق بظهور الربح .

١٧١٧٠ - وإن قلنا يملك بالظهور فهل يعتق ؟ فيه وجهان (٦) ، والكلام في وقوع الملك بالظهور يأتي من بعد .

١٧١٧١ - فأما قولهم : إنه يملك ، ولا يعتق (٧) ففاسد ؛ لحديث عائشة رضي الله عنها (٨) أن النبي ﷺ قال : « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرِمٍ عَتَقَ عَلَيْهِ » (٩) .

---

(١) إنما قيدوه بذلك ؛ لأنه لو كان في المال فضل - أي ربح - ملك المضارب نصيبه فيه ؛ فيحصل العتق لمن اشتراه ، أما إذا لم يكن في المال ربح فالمضارب لم يملك شيئًا ، ومن ثم يملك جزءًا من العبد الذي اشتراه ، فلم يعد ضرر على المضاربة .

(٢) هذا باتفاق الفقهاء . راجع البدائع (٩٨/٦) ، والمهذب (٥٨/١) ، والمدونة (٥ / ١٢٤) ، وإن كان المالكية يجعلون الشراء للمضارب إن كان موسرًا .

(٣) في (ن) [للمطالبة] . راجع المسألة في البدائع (٩٨/٦) ، المبسوط (٥٨/٢٢) ، حاشية ابن عابدين (٦٥١/٥) ، وبه قال المالكية إن كان يعلم بأنه يعتق عليه ، المدونة (١٢٤/٥) .

(٤) خلاف الإمام الشافعي هنا متعلق بالحالة الثانية فقط ، وهي إذا ظهر ربح في مال المضاربة . راجع : المهذب (٥٠٨/١) .

(٥) في (ن) ، (م) : [المقاولة] وفي (ع) : [المعادلة] والمراد المقاسمة .

(٦) قال في المهذب : أحدهما : أنه يعتق منه بقدر حصته ؛ لأنه ملكه فعتق . والثاني : لا يعتق ؛ لأن ملكه غير مستقر ، لأنه ربما تلف بعض المال فلزمه جبرانه بماله . المهذب (٥٠٨/١) ، نهاية المحتاج (٢٣٤/٥) ، والحاوي (١٧٤) ، وهو رأي الحنابلة أيضًا ، المغني (٤٦/٥ ، ٤٧) وجزم المزني بالثاني ، وهو أنه لا يعتق . مختصر المزني (٦٣/٣) .

(٧) هذا رد على الوجه الثاني للشافعية القائل بأنه لا يعتق ، لأن ملكه غير مستقر .

(٨) الحديث بهذا اللفظ لم يرو من طريق عائشة ولفظ رواية عائشة : « من ملك ذا رحم منه فهو حر » وإسناده من طريق عائشة ضعيف ، وإن كان له طرق أخرى قوية ، أخرجها أصحاب السنن . راجع نصب الراية للزيلعي (٢٨٠/٣) ط المكتبة الإسلامية .

(٩) هذا اللفظ أخرجه النسائي في سننه من طريق ابن عمر ، وقال عنه منكر ، وقال الترمذي عن الحديث وهو خطأ عند أهل الحديث ورواه البيهقي وقال إنه وهم فاحش ، والخلاف فيه يدور حول ضمرة بن ربيعة ، وقد وثقه ابن معين وغيره . راجع سنن الترمذي باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم (٦٤٧/٣) ، وسنن أبي =

١٧١٧٢ - [ولأنه إذا ظهر المال مساويًا قدر مال المضاربة لم يعتق عليه ، وإذا تفاضلا جاز أن يعتق عليه من المضاربة قبل المفاضلة] [١] ، أصله رب المال . ولأنه حالة يملك رب المال فيها الربح فيعتق على المضارب فيها أبوه إذا كان من المضاربة . أصله عند المفاضلة .

١٧١٧٣ - احتجوا : بأن ملك المضارب لم يتم فيه ؛ لأن نصيبه وقاية لمال « رب المال [٢] ، والكلام إذا لم يتم المال لم يعتق كالمكاتب [٣] ، إذا ملك أباه [٤] .

١٧١٧٤ - قلنا : المضارب مالك تام الملك ، وإنما يزول ملكه بنقصان المال . وجواز أن [٥] يزول الملك بسبب طارئ لا يوجب نقصان الملك ، كما يجوز [٦] أن يزول ملك البائع عن الثمن [٧] بهلاك المبيع قبل القبض ، ولا يدل ذلك على نقصان ملكه فيه . فأما المكاتب إذا ملك أباه فإنه يساويه في صفته كما يساوي الحر أباه إذا ملكه .

١٧١٧٥ - قالوا : لو [٨] عتق من نصيب المضارب سَلِمَ له نصيب من الربح قبل أن يسلم لرب المال نصيبه [٩] بالقسمة .

١٧١٧٦ - قلنا : فأما [١٠] من طريق الحكم فلا يمتنع ؛ ألا ترى أن لأحد الشريكين في المال يعتق نصيبه [١١] من العبد ، فيسلم له نصيبه قبل أن يسلم لشريكه حقه ، ولو أراد ذلك لغير [١٢] العتق لم يصح .

= داود (٢٦٠/٤) في الباب السابق حديث رقم (٣٩٤٩) .

(١) كذا هذه العبارة . بجميع النسخ « ولأنه أخذ سواء قدر المضاربة لم يعتق عليه » أن صوابها « ولأنه أحد شراء قدر للمضاربة يعتق عليه إذا تفاضلا فجاز أن يعتق عليه من المضاربة قبل المفاضلة » .

(٢) في (م) ، (ع) : [لرب المال] .

(٣) العبد يكاتب على نفسه بثمنه ، فإذا سعى وأداه عتق . اللسان « كتب » (٣٨١٧/٤) ، والكتابة لم تكن تعرف في الجاهلية ، وقيل كانت الكتابة متعارفة قبل الإسلام فأقرها الرسول ﷺ . نيل الأوطار (٩٢/٦) ، والمكاتب حكمه حكم العبد ما بقي عليه شيء « ، وهو عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم » . راجع نيل الأوطار (٩٣/٦) .

(٤) راجع المهذب (٥٠٨/١) ، فتح العزيز (٣٩٠/١٢) ، الحاوي (١٧٥) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) . (٦) في (ن) : [لا يجوز] وهو خطأ .

(٧) في (م) ، (ع) : [اليمين] وهو خطأ . (٨) ساقط من (ص) ، (م) ، (ع) .

(٩) في (ن) ، (م) ، (ع) : [زيادة] ، [قبل لرب المال] وهي زيادة تفسد المعنى .

(١٠) ساقطة من (ص) ، (م) ، (ع) .

(١١) وذلك لقوله ﷺ ، فيما رواه الجماعة عن ابن عمر : « من أعتق شركًا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد ، قوم العبد عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم ، وعتق عليه العبد ، وإلا فقد عتق عليه ما عتق » . راجع نيل الأوطار للشوكاني (٨٥/٦) ، وسنن النسائي (٣١٩/٧) رقم ٤٦٩٨ ، وراجع مختصر الطحاوي ١٢٦ .

(١٢) في (م) ، (ع) : [لعين] .

شراء المضارب زوج ربة المال

١٧١٧٧ - قال أصحابنا : إذا اشترى مضارب [١] المرأة زوجها صح الشراء وبطل النكاح [٢] .

١٧١٧٨ - وقال الشافعي : في أحد قوليه [٣] : الشراء للمضارب .

١٧١٧٩ - لنا : أنه يملك بيعه على المضاربة إذا اشتراه ، فملك شراءه للمضاربة بإذن رب المال ، وجاز بإطلاق المضاربة عليها . أصله : الزوج الذي طلقها طلاقًا رجعيًا .

١٧١٨٠ - ولا يلزم إذا اشترى أمة قد ولدت منه أنه لا يجوز شراؤها للمضاربة بإذن رب المال [٤] ، ولأن زوج أحد متعاقدي المضاربة يملك المضارب بإطلاق المضاربة شراءه . أصله : إذا اشترت [٥] المضاربة زوجها .

١٧١٨١ - احتجوا : بأن المضاربة تقتضي ما ينتفع بشرائه ويحصل به الربح ولا يستضر به ، وشراء زوجها ينفسخ به النكاح ، ويسقط به المهر والنفقة ، فلم يجز [٦]

---

(١) في (ن) : [المضارب للمرأة] وفي (م) : [لمضارب المرأة] .

(٢) قال الزيلعي : « ولو كان الذي دفع إليه المال امرأة فاشترى به المضارب زوجها صح الشراء ، وبطل النكاح ؛ لأنه دخل في ملكها بالشراء » راجع (تبيين الحقائق ٥ / ٦٠) ومذهب الحنابلة يوافق الأحناف في هذه المسألة ، راجع المغني (٥/ ٤٥) ، كشاف القناع (٣ / ٥١٤) .

(٣) اختلفت كتب المذهب الشافعي في الوارد في هذه المسألة على قولين أو وجهين ، وأكثرها على أنها وجهان ، وذكر الإمام الماوردي أنهما قولان ، ومعلوم أن القول للإمام ، والوجه للأصحاب عند الشافعية . والقولان أو الوجهان الواردان في المسألة يجريان في الشراء بغير إذنها ، فإن كان بإذنها صح الشراء وبطل النكاح عندهم ، راجع الحاوي (١٧٢) وقد ذكر صاحب المهذب الوجهين فقال : « أحدهما لا يلزمها ؛ لأن المقصود شراء ما ينتفع به ، وشراء الزوج تستضر به ، لأن النكاح ينفسخ وتسقط نفقتها واستمتاعها . والثاني : يلزمها ؛ لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه ، والزوج كغيره في الربح ، فلزمها شراؤه » راجع المهذب (٥٠٨/١) ، نهاية المحتاج (٢٣٤/٥) ، فتح العزيز (٣٥/١٢) وجزم البجرمي بأن الشراء للمضارب إن كان الثمن في الذمة ، فإن لم يكن في الذمة فلا يصح الشراء أصلًا . راجع البجرمي على الخطيب (١٦٣/٣) والجمل على شرح المنهج (٥١٨/٣) .

(٤) قال الشيرازي معترضا لا ضرر عليها في شراء غيره وفي شرائه ضرر « النكت » .

(٥) في (ن) : [اشتر] وهو خطأ .

(٦) في (م) ، (ع) : [تسقط] وهو خطأ من الناسخ .

كشراء ذوى أرحامها [١] .

١٧١٨٢ - قلنا : الزوج يحصل بشرائه [٢] منفعة وهو الربح ، وليس فيه ضرر على المضاربة [والمعتبر المنفعة والضرر الذي حدث رجع إلى المضاربة لا] [٣] إلى غيرها [٤] .

١٧١٨٣ - ألا ترى أنه لو اشترى عبدًا قد حلف رب المال لا يملكه صح الشراء ، وإن استضر بالحنث . وكذلك لو كان المال لا يبلغ ثمن رقبة وليس لرب المال غيره ، وقد لزمته كفارة الظهار فاشترى المضارب عبدًا فإن رب المال يستضر ، لأنه يجب عتقه ويصح الشراء .

١٧١٨٤ - لأن هذا الضرر لا يعود إلى مال المضاربة كذلك هذا . أما الضرر الذي يلحقها بسقوط المهر والنفقة فغير مؤثر ؛ لأنها لو كانت قد استوفت [٥] المهر وأسقطت نفقتها بالنشوز ؛ لم يصح الشراء عندهم ، وإن لم تستضر في مهرها ولا نفقتها [٦] . والمعنى في شراء من يعتق عليها أنه [٧] لا يتمكن من بيعه على المضاربة ومقتضاها شراء ما يمكن بيعه عليها .

* * *

---

(١) المهذب (٥٠٨/١) ، ونهاية المحتاج (٢٣٤/٥) ، فتح العزيز (٣٥/١٢) ، والنكت .

(٢) في (ع) : [شراؤه] وهو خطأ .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) وإنما تحصل المنفعة بشراء الزوج ؛ لأن فسخ النكاح وسقوط المهر أمر خارجي لا يؤثر في بيعه فالضرر يعود على ربة المال وليس على المضاربة ، وقد استدل بهذا الحنابلة والشافعية في وجههم الموافق للأحناف والحنابلة ، راجع المهذب (٥٠٨/١) ، كشاف القناع (٥١٤/٣) .

(٥) في (ن) ، (م) : [استوفيت] .

(٦) لأن مهرها ساقط أصلًا .

(٧) في (م) لأنها لا تتمكن [وفي ع] إنها لا تتمكن .

مسألة [١] ٨٥٣

شراء المأذون بالتجارة ابا مولاه

١٧١٨٥ - قال أصحابنا : إذا اشترى المأذون أبا مولاه جاز وعتق ، إن كان لم يكن على العبد دين [٢] .

١٧١٨٦ - وقال الشافعي : لا يجوز الشراء في أحد القولين إلا بإذن المولى [٣] .

١٧١٨٧ - لنا : أن المأذون يتصرف لنفسه ، بدلالة أنه لا يرجع على المولى بديونه ؛ فجاز أن يشترى من يعتق بالشراء كَالحرّ .

١٧١٨٨ - ولأنه رفع للحجر [٤] ، كما لو أعتقه وكما لو بلغ الصبي [٥] .

١٧١٨٩ - احتجوا : بأنه أذن له ، لتحصيل المال والاكتساب لا بتلفه [٦] .

١٧١٩٠ - قلنا : تصرفه [٧] عندنا ليس من طريق الإذن ، وإنما هو بزوال الحجر ، بدلالة أنه لو نهاه عن شراء من يعتق عليه [٨] ؛ لم يصح نهيه [٩] ، ولو أذن له في شيء خاص ملك التصرف العام [١٠] . وإذا لم يسلم أن تصرفه بالإذن لم يعتبر صفة الإذن ومقاصد المولى فيه .

---

(١) تبع المصنف الماوردى من الشافعية في ذكر هذه المسألة ضمن مسائل المضاربة ، وسائر كتب الشافعية ذكرت المسألة ضمن مسائل العبد المأذون .

(٢) راجع البحر الرائق (٢٨٩/٧) . ابن عابدين (٦٥١/٥) ، وهو مذهب الإمام مالك راجع المدونة (٣٣٠/٥) .

(٣) والقول الثاني : أنه يصح ، لأن العبد لا يصح منه الشراء لنفسه ، فإذا أذن له فقد أقامه مقام نفسه ؛ فوجب أن يملك جميع ما يملك . المهذب (٥١١/١) ، والحاوي (١٧٣) .

(٤) في (م) ، (ع) : [دفع الحجر] والضمير في لأنه راجع على الإذن . والحجر بفتح الحاء وسكون الجيم - لغة المنع . القاموس المحيط باب الراء فصل الحاء (٤٢١) وشرعا « المنع من التصرفات المالية وأسبابه بوجه العموم : السفه والفلس والصبا والجنون والعته . راجع البدائع (١٦٩/٧) ، اللباب (٦٦/٢) ، مغني المحتاج (١٦٥/٢) ، والمهذب (٤٣٢/١) ، بداية المجتهد (٢١٠/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٢٧٢/٢) ، والمحلى لابن حزم (٢٧٨/٨) .

(٥) فإن الصبي بالبلوغ يرتفع عنه الحجر .

(٦) راجع الحاوي (١٧٣) .

(٧) في (ع) : [تسرفه] وهو تصحيف .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) أي نهى المولى ، وهو فرق بين المأذون والمضارب ، حيث إن المأذون يتصرف بالحكم لا بالإذن عند الأحناف ، خلافًا للمضارب .

(١٠) في (ن) [والعام] راجع البدائع (٧ / ١٩٢) .

مسألة ٨٥٤

اشتراط جميع الربح لأحد المتضاربين

١٧١٩١ - قال أصحابنا : إذا دفع مالًا مضاربة على أن جميع الربح للمضارب صح وكان قرضًا [1] . وإن قال : على أن جميع الربح لي [2] صح وكان مبضعًا [3] .

١٧١٩٢ - وقال الشافعي : يكون قراضًا فاسدًا [4] .

١٧١٩٣ - لنا : أنه أذن له في التصرف على أن يكون [5] جميع الربح له فكان قرضًا [6] .

١٧١٩٤ - أصله : إذا قال : اتجر فيه على أن يكون [7] ربحه لك ، ولم يذكر المضاربة أو [نقول أذن له] [8] في التصرف في المال على أن جميع الربح لصاحب المال ، فكان

---

(١) القرض - ما أسلفت من إساءة أو إحسان وما تعطيه لتقضاه . اللسان (٣٥٨٨/٤) (قرض) ، القاموس المحيط باب الضاد فصل القاف (٣٥٤/٢) .

(٢) في (ن) : [إن] وهو خطأ .

(٣) في (ع) : [منصفًا] وهو خطأ والإبضاع : أخذ المال ليتجر فيه وربحه كله لرب المال . راجع المسألة في المبسوط (٢٤/١٢) ، والبحر الرائق (٢٨٧/٧) ، ابن عابدين (٦٤٧/٥) .

(٤) وإن كان الشافعية لا يفرقون بين الفاسد والباطل فكلاهما يعني عدم الصحة عندهم ، إلا أنهم استثنوا من ذلك بعض الأمور التي فرقوا فيها بين الفاسد والباطل ، قال السيوطي : « الفاسد والباطل عندنا مترادفان إلا في الكتابة والخلع والعارية والوكالة والقراض ، وفي العبادات في الحج ؛ فإنه يبطل بالردة ويفسد بالجماع ولا يبطل » . الأشباه والنظائر للسيوطي ١٨٧ ط دار الفكر ، والتمهيد للأسنوى صـ (٦١) ط مؤسسة الرسالة . ونرى مما سبق أن الفاسد في القراض عند الشافعية هو الفاسد الذي قال به الأحناف ؛ لأن الفاسد عندهم يخالف الباطل . فالباطل : ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه . كبيع ما في بطون الأمهات ، والفاسد : ما شرع بأصله دون وصفه كالربا . وقد استثنى الأحناف من قاعدتهم السابقة أمورًا لم يفرقوا فيها بين الفاسد والباطل ، وهي : العبادات ، والنكاح . راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٣٧) ط مؤسسة الحلبي للطباعة والنشر ، والفرق بين الفاسد والباطل عند الأحناف أن الفاسد لو كان في البيع يملك به المبيع ، خلافًا للباطل ، فكأن العقد فيه لم يكن ، كما أن الفاسد يمكن تصحيح العقد فيه برفع سبب فساد العقد خلافًا للباطل . راجع المسألة في المهذب (٥٠٦/١) ، والبجرمي على الخطيب (١٦١/٣) ، الحاوي (١٨٩) ، وحاشية الشرقاوى على التحرير (١٠٣/٢) ، والجمل على المنهج (٥١٣/٣) ، ونهاية المحتاج (٢٢٥/٥) ، وهو مذهب الحنابلة راجع المغني (٣٥/٥) ، وحكى صاحب فتح العزيز في الصورتين وجهين . قال في الأولى التي شرط فيها الربح للمضارب أصحها أنه قراض فاسد ، رعاية للفظ وفي الثانية حكى الوجهين من غير تصحيح .

(٥) ساقط من (ن) .

(٦) في (ن) : [قرض] وهو خطأ .

(٧) ساقط من (ن) .

(٨) في (ع) : [أتأذن لي به] .

بضاعة [١] .

١٧١٩٥ - كذلك إذا شرط الانفراد بالربح كان قرضًا [٢] وإن لم يصرح به ، ولأن كل لفظ لو أقرن [٣] بشرط مقاسمة الربح كان قراضًا ، وإذا أقرن [٤] بشرط سلامة الربح للعامل كان قرضًا [٥] . أصله : إذا قال خذه واتجر فيه .

١٧١٩٦ - احتجوا بأنه لما ذكر القراض صحيحًا [٦] ومن حكمه مقاسمة الربح . ثم شرط الانفراد بالربح ، وقد نفى موجب العقد [٧] ، ففسد العقد .

١٧١٩٧ - قلنا : الحكم يتعلق بمعاني العقود لا بألفاظها [٨] ، ألا ترى لو عبر العقد [٩] .

---

(١) يقصد بذلك أن العبرة بمعنى العقد لا بلفظه ، ومعناه هنا : أنه بضاعة . واختلف أصحاب الشافعي في اعتبار اللفظ هنا أو عدم اعتباره ، ففي فتح العزيز : « ولو قال : خذ هذه الدراهم فتصرف فيها والربح كله لك فهو قرض صحيح عند ابن سريج والأكثرين ، بخلاف ما لو قال : قارضتك على أن الربح كله لك ؛ لأن اللفظ يصرح بعقد آخر » أي عقد المضاربة « قال الشيخ أبو محمد : لا فرق بين الصورتين . وعن القاضي حسين : أن الربح والخسران للمالك ، وللعامل أجرة المثل ، ولا يكون قرضا ؛ لأنه لا يملكه ، ولو قال : تصرف فيها ، والربح كله لي فهو إبضاع » راجع فتح العزيز (١٩/١٢) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) . (٣) بالنسخ [قراضًا] وهو خطأ .

(٤) في (ن) : [أقر] ، وفي (ع) : [أقر من] وكلاهما خطأ .

(٥) في (ن) : [قرن] . (٦) بالنسخ قراضا وهو خطأ .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) . (٨) راجع : نهاية المحتاج (٢٢٥/٥) .

(٩) هذا عند الأحناف ؛ فإنهم ينظرون إلى المعنى الذي دل عليه العقد لا إلى لفظه ، ولذا فإن الإجارة تنعقد عندهم بلفظ الهبة والتمليك ، وينعقد النكاح بما يدل على ملك البضع . كالبيع والشراء والهبة والتمليك . وقد قال ابن نجيم : « الاعتبار للمعنى لا للألفاظ ، صرحوا به في مواضع ، منها : الكفالة ، فهي بشرط براءة الأصيل حوالة ، وهي بشرط عدم براءته كفالة ، ثم قال : ويتفرع على هذه القاعدة أنه لو شرط رب المال للمضارب كل الربح كان المال قرضًا ، ولو شرط لرب المال كان بضاعة » راجع الأشباه والنظائر له (٢٠٨) . أما الشافعية : فقد اختلفوا في كون العبرة للفظ أم للمعنى ؛ وهو ما نص عليه السيوطي فقال : « هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ؟ خلاف ، والترجيح مختلف .. ثم قال : وهو يفرع على هذا الخلاف عند الشافعية .. ومنها لو قال : خذ هذه الألف مضاربة ؛ ففي قول إبضاع لا يجب فيه شراء ، وفي آخر مضاربة فاسدة توجب أجرة المثل .. وكذا فرع عليها المسألة التي نحن بصددها ، فقال : ومنها إذا قال : قارضتك على أن كل الربح لك ؛ فالأصح أنه قراض فاسد رعاية للفظ ، والثاني : قراض صحيح رعاية للمعنى ، وكذا لو قال : على أن كله لي ، فهل هو قراض فاسد او إبضاع ؛ الأصح الأول . راجع الأشباه والنظائر للسيوطي (١١١ ، ١١٢) ، المواهب السنية بهامشه صـ (٢٨٣) ، شرح القواعد الفقهية للزرقا صـ (١٣) ، ط الغرب الإسلامي . والخلاف حول هذه القاعدة هو الخلاف الرئيس في اختلافهم في حكم المسألة ، وقد رأينا الأحناف يرون أن العبرة بالمعنى لا باللفظ ، =

١٧١٩٨ - ألا ترى لو عبر عن البيع بالتمليك أو بالمعارضة جاز ؟ وقد فسر معنى القرض ومعنى البضاعة ، فوجب أن يعتبر المعنى الذي فسره دون لفظ العقد كما قال لعبده : بعتك نفسك بألف كان ذلك عتقًا ، ولم يعتبر صريح لفظ البيع ؛ لأنه أتى بمعنى العتق [١] .

* * *

= ولذا لم ينظروا للفظ المضاربة ، بل إلى معنى الكلام ، فلما شرط الربح للعامل دون رب المال فقد عبر عن حقيقة القرض ، ولما شرط العكس عبر عن حقيقة الإبضاع ، فانصرف كل واحد منها إلى عقده . أما غير الأحناف فإنهم نظروا إلى اللفظ ، ومع ذلك اختلفوا في حكم المسألة على هذا النحو . أبطلها الشافعية والحنابلة ؛ لأن العقد صرح فيه بعقد المضاربة ، ثم اشترطا ما ينافي مقتضاه ، والشرط المنافي لمقتضى العقد عندهم يَبْطُل ، ويُبْطِل العقد (راجع المهذب ٥٢٨/١) ولذا لو استعمل في هذا الموضع عندهم لفظًا آخر غير المضاربة لصح العقد عندهم كالأحناف . أما المالكية : فمع أنهم نظروا إلى اللفظ أيضًا إلا أنهم صححوا العقد ولم يبطلوه . ووجهه نظرهم : أنه عقد صحيح تصدق أحدهما للآخر بنصيبه من الربح ، فكأنه وهبه له ، والهبة جائزة ، مع ملاحظة أن العقد عندهم ليس عقد مضاربة كما سيأتي . راجع المسألة وأصولها في المبسوط (٢٤/١٢) ، والبحر الرائق (٢٨٧/٧) ، ابن عابدين (٦٤٧/٥) ، تكملة فتح القدير (٤٤٧/٨) ، نهاية المحتاج (٢٢٦/٥) ، مواهب الجليل (٣٦٣/٥) ، المدونة الكبرى (١٠٩/٥) ، المغني (٣٥/٥) ، شرح منتهى الإيرادات (٢ / ٣٢٨) .

(١) قال في النكت معترضًا على ما ذكره المصنف هنا (قالوا : الحكم يتعلق بمعاني العقود لا بألفاظها ، كما لو قال لعبده : بعتك نفسك بألف ، فإنه يكون عتقا ، ولا يعتبر صريح لفظ البيع ، قلنا : يبطل بما قسنا عليه . والمعنى في العتق أنه يصح بلفظ البيع ، والقراض لا يصح بلفظ البيع) . راجع النكت (المضاربة) .

اقتضاء ديون المضاربة بعد فسخها

١٧١٩٩ - قال أصحابنا : إذا تفاسخا [١] المضاربة والمال ديون على الناس ولا ربح فيها [٢] لم يجبر المضارب على الاقتضاء ، وله أن يحيل رب المال بالديون ليقبضها [٣] .

١٧٢٠٠ - وقال الشافعي [٤] : يجبر المضارب [٥] على الاقتضاء [٦] .

١٧٢٠١ - لنا : أن الديون ملك لصاحب المال ، فلا يجبر من لا يملكه [٧] على المطالبة بها من غير عوض ولا ولاية . أصله : إذا باع الوكيل [٨] .

١٧٢٠٢ - ولأنه تصرف بأمره ولم يحصل له عوض في مقابلة [٩] تصرفه ؛ فلم يلزمه الاقتضاء كالوكيل .

١٧٢٠٣ - ولا يلزم إذا كان في المال ربح ؛ لأن تصرفه بعوض فيجبر [عليه كالأجير] [١٠] .

١٧٢٠٤ - فإن قيل : المضارب يجب عليه رد رأس المال على صفته ، فيجب أن

(١) انفسخ العزم والبيع والنكاح : انتقض . راجع القاموس المحيط باب الخاء فصل الفاء (٢٧٦/١) .

(٢) قوله : « ولا ربح » قيد مهم للدلالة على محل النزاع ؛ لأنه لو كان فيها ربح أجبر على الاقتضاء ؛ لأن عمله له مقابل ، وهذا لا خلاف عليه كما سيتضح في ثنايا المسألة .

(٣) البحر الرائق (٢٩٢/٧) ، حاشية ابن عابدين (٦٥٦/٥) ، تبيين الحقائق (٢٦٧/٥) تكملة فتح القدير (٤٧٠/٨) .

(٤) ساقط من (ص) ، (ن) .

(٥) في (م) ، (ع) : [المقارض] وكلاهما صواب .

(٦) المهذب (٥٠٩/١) ، نهاية المحتاج (٢٣٩/٥) ، البجرمي على الخطيب (١٦٥/٣) ، فتح العزيز (٧٣/١٢) ، وهو مذهب الحنابلة أيضًا . المغني (٦٥/٥) . أما المالكية فإنهم يفوضون أمر إنضاض المال عند اختلاف الطرفين إلى الحاكم ، فإن لم يكن فإلى جماعة المسلمين . وهم بذلك يفتحون بابا للعرف . راجع الدسوقي على الشرح الكبير (٥٣٥/٣) .

(٧) أي المضارب .

(٨) أي إذا باع الوكيل ثم عزاه إلى الموكل قبل أن يقبض الوكيل الثمن . وقد أجاب الشيرازي عن هذا بقوله (الوكيل لا يلزمه بيدل ، والعامل يلزمه مع الربح ؛ فلزمه من غير عوض) . النكت .

(٩) في (م) ، (ع) : [مطالبة] وهو خطأ .

(١٠) غير مقروءة بجميع النسخ ، ويدل عليها ما جاء في تبيين الحقائق « ولو افترقا وفي المال ديون وربح أجبر على اقتضاء الديون ، لأنه كالأجير والربح كالأجرة ، وقد سلم له ذلك فيجبر على إتمام عمله » تبيين الحقائق (٦٧/٥) . وكذا ما جاء في شرح العناية على الهداية : « وإذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب أجبره الحاكم على اقتضاء الديون ، لكونه بمنزلة الأجير ، وأجره الربح » . شرح العناية (٣٤٧/٧) ، وفي الهداية : وإذا افترقا ، وفي المال ديون =

يقتضي الديون حتى يصير بصفة [١] رأس المال [٢] .

١٧٢٠٥ - قلنا : المضارب لا يلزمه التسليم ، وإنما يلزمه رفع يده عن المال كالمودع [٣] ، فإذا أحال بالدين فقد أزال يده وتصرفه عنه ، فلا يلزمه أكثر من ذلك .

١٧٢٠٦ - وقولهم : إنه يلزمه رد رأس المال بصفته [٤] فهذا يلزمه عند حصول الربح ، فأما مع عدم الربح فلا يلزمه إلا رفع يده .

١٧٢٠٧ - قالوا : لو تفاسخا وهناك عروض وجب على المضارب بيعها ، لرد رأس المال بصفته [٥] .

١٧٢٠٨ - قلنا : بيع العرض حسن للمضارب يجوز أن يحصل فيه الربح ، فإذا لم يكن فيه ربح ونص بتسليمه إلى رب المال ؛ لم يجبر على بيعه / .

= وقد ربح المضارب فيه ، أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لأنه بمنزلة الأجير ، والربح كالأجر له ، وإن لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء ؛ لأنه وكيل محض ، والمتبرع لا يجبر على إيفاء ما تبرع به . الهداية (٤٣٨/٧) ، طبع مع تكملة فتح القدير والكفاية وشرح العناية بمطبعة دار إحياء التراث العربي .

(١) في (م) ، (ع) : [نصفه] وهو خطأ .

(٢) قال في المهذب : « وإن فسخ العقد وهناك دين وجب على العامل أن يتقاضاه ؛ لأنه دخل في العقد ، على أن يرد رأس المال ، فوجب أن يتقاضاه ليرده » . المهذب (٥٠٩/١) .

(٣) المودَع هو من تجعل عنده الوديعة ويأتي تعريفها ، ومعنى ما قاله المؤلف أن المودع يلزمه تسليم الوديعة إلى أهلها برفع يده عنها ، وتخليتها لصاحبها ، وأداء الوديعة واجب بالإجماع ، ففي المبسوط : وبعد القبول ، أي قبول المودع للوديعة عليه أداء ما التزم وهو الحفظ حتى يؤديها إلى صاحبها لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾ النساء : ٥٨ . راجع المبسوط (١٠٦/١١) وفي البدائع قال وهو بصدد أحكام الوديعة : « ومنها وجوب الأداء إلى المالك ؛ لأن الله أمر بأداء الأمانات إلى أهلها ، وأهلها مالكها ، حتى لو ردها إلى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها إلى من هو في عيال المالك دخلت في ضمانه فلو ضاعت يضمن المودع . البدائع (٢١١/٦) . وقد نقل ابن المنذر إجماع العلماء على ذلك . راجع الإشراف على مذاهب أهل العلم (٢٥١/١) ط إدارة إحياء التراث الإسلامي ، قطر . ومن خلال ما سبق أرى فساد قياس المصنف المضارب على المودع ، لعدم ثبوت الحكم في الأصل .

(٤) قال في فتح العزيز فيه حالتان : أن يكون فيه ربح فعلى العامل بيعه إن طلبه المالك ، وله بيعه وإن أباه المالك . وليس للعامل تأخير البيع إلى توسم رواج المتاع ، لأن حق المالك معجل ، ولو قال للمالك : تركت حقي لك ولا تكلفني البيع ، هل عليه فيه الإجابة ؟ فيه وجهان : أقربهما المنع ، ليرد المال كما أخذ ، فإن في التنضيض مشقة ومؤنة . فتح العزيز (٧٤/٢ ، ٧٥) .

(٥) استدلوا كذلك « بأن الدين ملك ناقص ، وقد أخذ منه ملكا كاملا فليرد . فتح العزيز » (٧٣/١٢) ، وإنما كان الدين ملكا ناقصا لأنه على خطر ؛ فقد لا يحصل عليه صاحبه بأن يجحده المدين مثلا أو يعسر . راجع قولهم في العروض إذا انفسخت المضاربة ، وإجبار المضارب على بيعها . في الحاوي (١٨٠ ، ١٨١) ، النكت والمغني لابن قدامة (٦٥/٥) .

ملك الربح بالظهور أو بالقسمة

١٧٢٠٩ - قال أصحابنا : إذا ظهر ربح في مال المضاربة ملك المضارب منه حصته (١) .

١٧٢١٠ - وهو أحد قولي الشافعي ، وقال في القول الآخر : لا يملك إلا بالقسمة (٢) .

١٧٢١١ - واختلف أصحابه في المساقاة ، فمنهم من قال : إنها على قولين كالمضاربة ، ومنهم من قال : إن حصة (٣) العامل تملك (٤) بالظهور قولًا واحدًا . وهو الصحيح (٥) .

١٧٢١٢ - لنا : أنه غير صحيح على أصل يوجب الاشتراك (٦) في النماء ؛ فوجب أن يظهر النماء على الشركة . أصله : عقد الشركة .

١٧٢١٣ - ولأن له المطالبة بالقسمة إذا نض (٧) المال . [وكل من له] (٨) . المطالبة بقسمة ربح المضاربة لنفسه كان مالكًا لجزء منه . أصله : رب المال . ولأن كل من ملك مطالبة غيره بقسمة مال بينه وبينه وجب أن يكون شركة بينهما : كالمواريث . والشركاء شركة عِنان (٩) .

---

(١) ولذلك قالوا بصحة شراء المضارب من يعتق عليه إن كان في المال ربح ؛ لأنه يملك نصيبه في الربح ؛ فيكون ما اشتراه مملوكًا له . البدائع (٩٨/٦) ، المبسوط (٥٨/٢٢) ، حاشية ابن عابدين (٦٥١/٥) .

(٢) في المهذب (وإن ظهر في المال ربح ففيه قولان ، أحدهما : أن الجميع لرب المال ، فلا يملك العامل حصته من الربح إلا بالقسمة ، لأنه لو ملك حصته من الربح لصار شريكًا لرب المال ، حتى إذا هلك شيء كان هالكًا من المالين ، فلما لم يجعل التالف من المالين دل على أنه لم يملك منه شيئًا . والثاني : أن العامل يملك حصته من الربح ؛ لأنه أحد المتقارضين ، فملك حصته من الربح بالظهور كرب المال . المهذب (٥٠٨/١) ، وانظر نهاية المحتاج ، وعبر عن عدم الملك إلا بالقسمة بالأظهر (٢٣٦/٥) ، فتح العزيز (٥٦/١٢) ، الجمل على شرح المنهج (٥١٩/٣) ، والحاوي (١٧٤ ، ١٧٥) . (٣) ساقطة من (ص) .

(٤) في (م) ، (ع) : [تختلف] وفي (ص) : [يملك] .

(٥) انظر المهذب (٥١٥/١) ، وقد ذكر البجرمي الثاني مجزومًا به ، البجرمي على الخطيب (٣ / ١٧٠) .

(٦) من (م) ، (ع) : [الإثراء] .

(٧) الناض من المال : ما تحول وَرِقًا (أي فضة) أو عينًا (ذهبًا) بين يديه . اللسان نضض (٤٤٥٦/٦) .

(٨) في (م) ، (ع) : [وكان له من] وهو خطأ .

(٩) شركة العنان : نوع من أنواع الشركة . والشركة : هي الاجتماع في تصرف أو استحقاق . وشركة العنان =

١٧٢١٤ - فإن قيل : لا نسلم أن المال بينه وبينه [(١)] .

١٧٢١٥ - قلنا : يملك مطالبته بقسمة المال بينه وبينه [(٢)] ، وهذا يقتضي إذا اقتسما وهذا مسلم ، ولأن كل حالة كان الربح في الشركة ملكًا لهما كان في المضاربة ملكًا بينهما [(٣)] . أصله بعد المفاصلة .

١٧٢١٦ - احتجوا : بأنه لم يسلم إلى رب المال رأس المال ، فوجب أن لا يمتلك حصته من الربح [(٤)] .

١٧٢١٧ - أصله : إذا كان رأس المال ألفا فاشترى به عبدين ، كل واحد يساوي ألفًا .

١٧٢١٨ - قلنا : عندنا يملك المضارب حصته من الربح ولكن لا ينفذ عتقه فيه [(٥)] ولأنه

= سميت بذلك كما قال في المعجم الوسيط إذا اشتركا على السواء ، لأن العنان طاقان متساويان (المعجم الوسيط عن (٦٣٢/٣) ط مجمع اللغة العربية مطبعة مصر . ومعنى ذلك : أن الشريكين في شركة العنان يتساويان في المال والتصرف في الشركة . وشركة العنان مجمع على جوازها ، وإنما الخلاف في بعض شروطها وعلة تسميتها ، وقد جمع ابن قدامة ذلك كله فقال : « هي أن يشترك رجلان بماليهما على أن يعملا فيها والربح بينهما » حسب ما يشترطانه . (وهي جائزة بالإجماع ، ذكره ابن المنذر ، وإنما الخلاف في بعض شروطها وفي علة تسميتها شركة عنان ، فقيل : سميت بذلك ، لأنهما يتساويان في المال والتصرف كالفارسين إذا سَوَّيا بين فرسيهما ، وتساويا في السير ، فإن عنانيهما يكونان سواء . وقال الفراء : هي مشتقة من عن الشيء إذا عرض ، يقال : عنت لي حاجة إذا عرضت ، فسميت الشركة بذلك لأن كل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه : وقيل : هي مشتقه من المعانة وهي المعارضة : يقال : عانتٌ فلانًا أو عارضته بمثل ماله وأفعاله ، فكل واحد من الشركين معارض لصاحبه بماله وفعاله . راجع المغني لابن قدامة (١٦/٥) .

(١) وجه عدم التنسليم بذلك أن الذي بينهما في المضاربة إنما هو الربح لا رأس المال ، إذ هو لرب المال وليس للمضارب فيه شيء ، والربح لا يظهر إلا بعد تمام رأس المال ، وهذا لا يظهر إلا بالقسمة خلافًا للشركة والميراث ؛ فإنهما يشتركان في أصل المال إلا في بعض أنواع من الشركة ، كالوجوه والمضاربة عند من يجعلها شركة ، كما سبق .

(٢) في (م) ، (ع) : [مطالبه] .   (٣) في (ن) : [منها] .

(٤) هذا الدليل استدل به الشافعية على فرع فرعوه على هذه المسألة ، حيث قالوا : إذا قلنا : « إنه يملك حصته بالظهور فليس ذلك ملكًا مستقرًا بل لا يتسلط العامل عليه ولا يملك التصرف فيه ؛ لأن الربح وقاية لرأس المال عن الخسران مادامت المعاملة باقية ، حتى لو اتفق خسران كان محسوبًا من الربح ، دون رأس المال » . ولذلك قالوا : لو طلب أحدهما قسمة الربح قبل الفسخ وامتنع الآخر يجبر عليه ؛ لأن العامل يقول : لا آمن الخسران فنحتاج إلى رد ما اقتسمنا ، والمالك يقول . الربح وقاية مالي ، فلا أدفع إليك شيئا حتى تسلم لي رأس المال . راجع المهذب (٥٠٨/١) ، فتح العزيز (٥٧/١٢ ، ١٠٤) والحاوي (١٧٥) .

(٥) ليس في هذا مخالفة لما سبق أثناء الحديث عن شراء من يعتق على المضارب من اعتراض المصنف على =

إذا أعتق أحدهما بعينه لم يجز أن [١] ينفرد به إلا على طريق القسمة ، وقسمة العبد [٢] لا تصح عندنا ، وإن أعتقهما جميعًا ، لم ينفذ عتقه ؛ لأن عتق رب المال يصح فيهما [٣] .

١٧٢١٩ - والذي يدل على [٤] أنه مالك لحقه : أن رب المال لو إعتقهما ضمن للمضارب نصيبه .

١٧٢٢٠ - قالوا : لو كان الربح للمضارب كان الهالك من الحقين [٥] .

١٧٢٢١ - قلنا : كذلك نقول الهالك من الربح الذي بينهما [٦] لا يختص به نصيب أحدهما .

١٧٢٢٢ - فإن قالوا : كان يجب أن يكون الهالك من الربح ورأس المال .

١٧٢٢٣ - قلنا : هذا لا يدل على أن المضارب لا يملك [ألا ترى أن رب المال يملك الربح والهالك [ورأس المال ، والمضارب يملك في الربح والهالك] دون رأس المال ؟] [٧] .

١٧٢٢٤ - ولأنه [يجوز [٨] أن يكون المال بين اثنين ، والهالك من نصيب أحدهما ، كمن أوصى لرجل بمائة] [٩] من ثلث ماله ولآخر بما بقى من الثلث ، فالثلث مشترك بينهما ، والهالك من نصيب الموصى له بما بقي .

١٧٢٢٥ - قالوا : الربح وقاية لرأس المال [١٠] ، فلو ملك المضارب [لا ستحق] [١١] قبل سلامة رأس المال [١٢] .

= قول الشافعية في أحد الوجهين فيما إذا ملكوا المضارب حقه بظهور الربح ، فهل يعتق العبد أولا ؟ وقال بأن قولهم إنه يملك ولا يعتق فاسد ؛ لحديث عائشة رضي الله عنها : من ملك ذا رحم محرم منه عتق ؛ وذلك لأن الكلام هناك كان يتعلق بالعبد ذي الرحم ، وهو يعتق بالملك لنص الحديث ، خلافا للعبد هنا ؛ فإنه مطلق عبد وليس ذي رحم ، وقد يملك العبد ولا يعتق .

(١) في (ن) : [أو] .
(٢) في (م) ، (ع) : [العقد] .
(٣) لأن رأس المال ملك فيه ، فيملك ما حصل من الشراء به .
(٤) ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) راجع المهذب (٥٠٨/١) ، البجرمي على الخطيب (١٦٤/٣) ، فتح العزيز (٥٦/١٢) ، والحاوي (١٧٥) .
(٦) أي ليس من رأس المال والربح ، بل من الربح فقط .
(٧) ما بين المعكوفتين زيادة غير موجودة في أي النسخ ، وإثباتها من ضرورات السياق .
(٨) في (ع) : [لا يجوز] وهو خطأ .
(٩) في (ن) : [كتابة] وهو خطأ .
(١٠) قاعدة : « الربح وقاية لرأس المال » .
(١١) في (م) ، (ع) : [لا يستحق] وهو خطأ .
(١٢) راجع نهاية المحتاج (٢٣٦/٥) ، والحاوي (١٧٥) .

١٧٢٢٦ - قلنا : رأس المال سالم له ، لأن يد المضارب قائمة مقام يده ، فصار كما لو سلم رأس المال إلى وكيله ، فإن نقص المال ؛ زال ملك رب المال لفوات الشرط الذي ملك به .

* * *

موسوعة

القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

كتاب العبد المأذون في التجارة

استفادة التصرف العام بالإذن الخاص

١٧٢٢٧ - قال أصحابنا : إذا أذن لعبده في نوع من التجارة ؛ جاز أن يتصرف في جميع الأنواع (٢) .

١٧٢٢٨ - وقال الشافعي : لا يجوز أن يتصرف إلا فيما أذن له (٣) .

١٧٢٢٩ - لنا : أن الإذن إطلاق (٤) من حَجْرٍ فلا يختص تصرفه بنوع من الأموال كالعتق .

١٧٢٣٠ - ولأنه يتصرف لنفسه بدلالة أنه لا يرجع عليه بالديون فصار كالمكاتب (٥) .

١٧٢٣١ - فإن قيل : لو كان إطلاقًا ؛ لجاز أن يتزوج .

١٧٢٣٢ - قلنا : [لا يمتنع] (٦) أن يكون الإذن له إطلاقًا ، ولا يستفاد به التزويج كالمكاتب في إطلاقه (٧) ، فيجوز أن يتصرف المكاتب (٨) في جميع التجارات ، ولا يجوز أن يتزوج (٩) . وبلوغ المرأة عند مخالفنا سبب لإطلاق حجرها (١٠) ولا يجوز أن

---

(١) هذا الكتاب وما به من مسائل أصبح غير ذي فائدة مباشرة في عصرنا بعد انتهاء الرق ووقف العمل به .

(٢) راجع بدائع الصنائع (١٩٢/٧) ، المبسوط (٢٥/٥) ، تبيين الحقائق (٢٠٤/٥) ، وليس للإمام مالك ﷺ في المسألة قول ، ومذهب ابن القاسم يوافق الأحناف . راجع المدونة (٢٤٢٩/٥) .

(٣) قال في المهذب : « لا يتجر إلا فيما أذن به ، لأن تصرفه بالإذن ، فلا يملك إلا ما دخل فيه ، فإن أذن له في التجارة لم يملك الإجارة . ومن أصحابنا من قال يملك إجارة ما يشتريه للتجارة ، لأنه من فوائد المال فملك العقد عليها كالصوف واللبن والمذهب الأول » . وقد وافق الشافعي زفر من الأحناف والحنابلة أيضًا : راجع ما سبق للأحناف والمهذب (٥١١/١) ، مغني المحتاج (٩٩/٢) ، نهاية المحتاج (١٧٤/٤) ، الجمل على شرح المنهج (٢٢١/٣) ، السراج الوهاج (٢٠٣) ، والمغني لابن قدامة (٨٤/٥) .

(٤) الإذن لغة : الإطلاق والإباحة . وأذن له في الشرع : أباحه له ، واصطلاحًا : الإطلاق في حق التجارة بإسقاط الحجر عنه . راجع القاموس المحيط باب النون فصل الهمزة (١٩٧/٤) ، تبيين الحقائق (٢٠٤/٥) .

(٥) في (ن) : [كالكتابة] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يمنع] .

(٧) في (ن) : [إطلاق] .

(٨) العبد يكاتب على نفسه بثمنه فإذا سعى وأداه عتق . اللسان (كتب) (٣٨١٧/٤) .

(٩) وهو عند الشافعية كذلك راجع المهذب (١٧/٢) .

(١٠) قال في المهذب : « لا يفك الحجر عن الصبي ذكرًا كان أو أنثى حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد . المهذب » (٤٣٥/١) .

تتزوج عندهم [١] .

١٧٢٣٣ - فإن قيل : فالوكيل [٢] والمضارب كان تصرفهما جائزًا قبل الإذن ، وإنما منعا [٣] من التصرف في مال غيرهما لحقه ، وهذا ليس بحجر .

١٧٢٣٤ - فلا يقال إن الإذن لهما إطلاقٌ من حَجْر ، ولأنه معنى يستفيد به العبد التصرف لنفسه فلا يتخصص تصرفه كالكتابة [٤] ولأن كل ما ملك [٥] المكاتب أن يشتريه جاز للمأذون أن يشتريه ، كالنوع الذي سماه المولى .

١٧٢٣٥ - فإن قيل : المكاتب يزوج أمته ، ويكاتب عبده ويصالح من دم العمد [٦] .

١٧٢٣٦ - قلنا : نحن اعتبرنا أحدهما بالآخر [٧] في الشراء ، فلا يلزم هذا من حيث [٨] النقص ، والفرق من طريق المعنى : أن المكاتب يملك هذه المعاني بإطلاق الكتابة فيملكها بتقييدها ، والمأذون لا يملكها بالإطلاق فلا يملكها بالتقيد ، ولما ملك المأذون عموم التصرف بإطلاق الإذن [٩] كان كذلك بالتقييد .

١٧٢٣٧ - ولأنه إذا قال : اشتر البر ؛ فعموم أمره يقتضي الشراء بالأثمان والمكيلات والموزونات .

١٧٢٣٨ - فإذا لزمه ذلك جاز له [١٠] أن [يشتريه من طريق الحكم ، ومن جاز أن يشترى الحنطة حكمًا جاز أن يشتريها بأي نوع شاء ، فصارت الأجناس كلها داخلة في الإذن من طريق الحكم ، وبطل التخصيص .

١٧٢٣٩ - ولأن التعيين إذا لم يفد سقط [١١] كقوله على أن تزن بهذا الميزان فلا فائدة في التعيين ؛ لأن المولى رضى باستحقاق رقبته وكسبه بديونه ، فلا فرق أن يستحق

---

(١) أي لا يجوز أن تتولى عقد النكاح لنفسها من غير ولي ، قال في المهذب : « لا يصح النكاح إلا بولي ، فإن عقدت المرأة لم يصح » . المهذب (٤٥/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الوكيل] . (٣) في (م) ، (ع) : [منع] وهو خطأ .

(٤) في (م) ، (ع) : [كالمكاتبة] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ملكه] ، والمراد بالملك الجواز أي جواز التصرف .

(٦) لا يتأتى هذا القول من جهة الشافعية ، لأنهم لا يجوزون للمكاتب أن يكاتب عبده ، قال في المهذب : « ولا يعتق ولا يكاتب ولا يهب ولا يبرئ من الدين ولا يكفر بالمال ولا ينفق على أقاربه الأحرار ولا يسرف في نفقة نفسه » . المهذب (١٧/١) . (٧) أي المكاتب والعبد المأذون .

(٨) في (م) ، (ع) : [يثبت] . (٩) في (م) ، (ع) : [الأدنى] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فجاز أن] . (١١) في (م) ، (ع) : [ينفذ] .

بهذا النوع أو بغيره . ويفارق الوكيل والمضارب والشريك ؛ لأنهم يرجعون بالدين وللآمر غرض ؛ إذ [١] يثبت الرجوع في بعض الأشياء [٢] .

١٧٢٤٠ - احتجوا بأنه [٣] تصرف مستفاد بالإذن من جهة الآدمي [٤] ، فوجب أن يكون متصورًا على مقتضى الإذن [٥] . أصله : المضارب .

١٧٢٤١ - قلنا : المضاربة لا يجوز أن يرتفع الإذن فيها إلا في مال رب المال ، فجاز أن يتخصص بتخصيصه [والإذن في التجارة يجوز أن يوجد غير مختص بمال المولى ، فلما لم يختص بماله لم يتخصص بتخصيصه] [٦] .

١٧٢٤٢ - وقد قال أصحابنا : في الفرق بين الموضعين [٧] أن المأذون لنفسه ؛ بدلالة أنه لا يرجع بالديون على مولاه ، فصار كالمكاتب [٨] . والمضارب يتصرف لرب المال ؛ بدلالة أنه يرجع بالديون عليه ، فلذلك اختص بما أذن فيه .

١٧٢٤٣ - فقال مخالفونا : لا نسلم هذا الفرق ؛ لأن المضارب إذا اشترى بثمن في ذمته ، وهلك مال المضاربة صار ما اشتراه لنفسه ، ولم يرجع على رب المال على أحد الوجهين [٩] وهذا المنع لا يضرنا [١٠] .

١٧٢٤٤ - لأنا نقول : إن العبد يتصرف لنفسه بدلالة أن المشتَرِي يملكه المولى ولا يرجع عليه بثمنه ، والمضارب لا يجوز أن يملك رب المال الشفعة إلا وثمنها مستحق من

---

(١) في (ن) : [إن] .

(٢) أي في حالة الوكيل والمضارب والشريك ؛ لأن التصرف هناك من طريق الإذن خلافًا للتصرف هنا في المأذون ؛ فإنه يتصرف من طريق الحكم ، ولذلك لا يرجع على مولاه بالديون خلافًا للوكيل والمضارب والشريك . ومن ثم فإنه ليس للتقيد فائدة بالنسبة للمأذون خلافًا لهم .

(٣) أي تصرف العبد المأذون . (٤) أي من جهة المولى .

(٥) المهذب (٥١١/١) ، نهاية المحتاج (١٧٤/٤) ، مغني المحتاج (٦٩/٢) المغني (٨٤/٥) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) . (٧) أي بين المضاربة والإذن في التجارة .

(٨) انظر : تبيين الحقائق (٥ / ٢٠٣ ، ٢٠٤) .

(٩) قال في المهذب : فإن دفع (أي المضارب) إليه (أي العامل) ألفًا فاشترى عبدًا في الذمة ثم تلف الألف قبل أن ينقده في ثمن العبد ، انفسخ القراض لأنه تلف رأس المال بعينه . وفي الثمن وجهان . أحدهما : أنه على رب المال لأنه اشتراه له ، فكان الثمن عليه ، كما لو اشترى الوكيل في الذمة ما وكل في شرائه ، فتلف الثمن في يده قبل أن ينقده . والثاني : أن الثمن على العامل ، لأن رب المال لم يأذن له في التجارة إلا في رأس المال ، فلم يلزمه ما زاد . المهذب (٥٠٩/١) .

(١٠) في (ن) : [لا يضر] .

ماله ؛ فدل أن تصرفه يقع لرب المال .

١٧٢٤٥ - وقولهم تصرف مستفاد بالإذن غير مسلم [١] ، لأن عندنا يستفيد [٢] العموم من طريق [٣] الحكم ، لا بالإذن .

١٧٢٤٦ - قالوا : تصرف لم يتناوله إذن المولى فلا يستبيحه العبد من جهة الإذن ، كعقد النكاح [٤] .

١٧٢٤٧ - قلنا : الإذن إذا وقع في نوع من التجارات [٥] كان إذنًا في جميعها حكمًا ؛ لأن عموم الأمر يقتضي التصرف في جميع الأموال .

١٧٢٤٨ - فإذا لزمته لم يتوصل إلى تحصيلها إلا بالشراء ، فأما منافع البضع [٦] فلا يضمنها الإذن نطقًا ، ولا يؤدي إلى وجوبها عليه حتى يحتاج إلى تحصيلها ، فلذلك لم يدخل في الإذن .

١٧٢٤٩ - ولأنا نقول : بموجب العلة ، لأن العبد [لا يستفيد [٧]] العموم بالإذن ، وإنما يستفيد الإطلاق ، كما لو أذن البائع للمشتري في نوع من التصرف قبل القبض كان له التصرف في كل نوع .

١٧٢٥٠ - وكذا لو أذن الشفيع للمشتري في البيع من زيد فباع من عمرو ، وتساويا في سقوط الشفعة عليهما .

١٧٢٥١ - فإن قيل : لو أذن له في تزويج امرأة بعينها لم يجز له أن يتزوج غيرها ، ولا فائدة للولي في التعين ؛ لأن استحقاق رقبته بمهر واحدة كاستحقاق رقبته بمهر غيرها .

١٧٢٥٢ - قلنا : التزويج تصرف مملوك للمولى [٨] على عبده ؛ لأنه يملك [٩] تزويجه بغير إذنه عندنا [١٠] .

---

(١) راجع عبارة الزيلعي السابقة .
(٢) في (ن) : [يفيد] .
(٣) ساقط من (ن) .
(٤) راجع المهذب (٥١١/١) .
(٥) في (م) ، (ع) : [التجارة] .
(٦) البَضع بالفتح : التزويج والمجامعة ، والبُضع بالضم : الجماع أو الفرج نفسه أو المهر والطلاق وعقد النكاح . القاموس المحيط باب العين فصل الباء (٥/٣) .
(٧) ما بين المعكوفتين بدل من « يفيد » المثبت في النسخ جميعها .
(٨) في (م) ، (ع) : [المولى] .
(٩) في (ن) : [يملك التصرف] .
(١٠) قال في البدائع : « وأما إنكاح العبد : فإن كان صغيرًا يجوز ، وإن كان كبيرًا فقد ذكر في ظاهر الرواية أنه يجوز من غير رضاه ، وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز إلا برضاه » . البدائع (٢٣٧/٢) .

فإذا ملكه منه شيئًا معينًا لم يتملك غيره [١] فالشراء ليس مع كونه عاقلًا بالغًا لحق المولى حتى لا يستحق رقبته عليه . فإذا أذن فقد أسقط حق نفسه ، فهو كما لو أسقط حقه عن رقبته بالكتابة لم يتخصص ما يتصرف فيه ، وإن خصصه له . يبين الفرق بين النكاح والشراء أنه لو أطلق له الأمر بالنكاح لم يستفد العموم ، ولم يجز أن يتزوج أكثر من واحدة . فعلم أن مقتضاه الخصوص ، فإذا اعتبر لم يتجاوز ما [٢] عينه ، ولو أطلق له الإذن في التجارة ؛ لم يتخصص ما يشتريه ، ولكان على العموم ، فإذا خص [٣] له الإذن في الشراء لنفسه لم يتخصص ، وكان على العموم .

١٧٢٥٣ - ولا يلزم المضارب والشريك ؛ لأنه لا يأذن لهما في الشراء لأنفسهما [٤] ، فوزانه من العبد أن يوكله المولى ليشتري [٥] له شيئًا فلا يملك أن يشترى غيره [٦] .

١٧٢٥٤ - فإن قيل : لو أمر أن يشترى ثوبًا يلبسه [٧] لم يكن إذنًا .

١٧٢٥٥ - قلنا : إذا [٨] أطلق له الرأي وجعل إليه / [٩] أن يشتري لنفسه ؛ فهو إذن في جميع الأشياء [١٠] . وإن قال له : اشتر من فلان ثوبًا لي فهذا توكيل له ، وليس بإذن ، فلا يستفاد به العموم . ١٩١/أ

١٧٢٥٦ - فإن قيل : إذا أذن له [١١] في نوع خاص فلم يرض بدخول ما سواه في ملكه ، ولا يملك المأذون أن يدخله [١٢] في ملك مولاه [١٣] بغير رضاه .

---

(١) قال الزيلعي : يملك العقد عليه بغير رضاه ، ولهذا لو أذن له في التزويج لا يكون مأذونًا حتى لا يملك أن يتزوج إلا واحدة ؛ لأن التوكيل لا يتعمم ، ولا يثبت بالسكوت ، بخلاف البيع . راجع تبيين الحقائق (٢٠٥/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [مما] .

(٣) في (م) ، (ع) : [أخص] .

(٤) بل يشتريان للشركة والمضاربة فهما بمنزلة الوكيل .

(٥) في (م) ، (ع) : [يشترى] .

(٦) هذا ما يسميه الأحناف بالإذن الخاص . راجع البدائع (١٩١/٧) ، تبيين الحقائق (٢٠٥/٥) .

(٧) في (م) ، (ع) : [لنفسه] والضمير عائد على العبد .

(٨) ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) المراد بالأشياء أي ثوب يشتريه ومن أي تاجر .

(١١) ساقط من (م) ، (ع) .

(١٢) أي ما سوى المأذون فيه .

(١٣) في (م) زيادة بدليل أنه يملك وهو سهو من الناسخ .

١٧٢٥٧ - قلنا : المأذون غير محجور عليه في إدخال الأموال في ملك مولاه ، بدليل أنه يملك قبول الهبة ، فيملك المولى ما قبل من الهبة ، وإن لم يرض المولى بذلك .

* * *

استفادة الإذن عن طريق السكوت

١٧٢٥٨ - قال أصحابنا : إذا رأى المولى عبده يبيع أو يشترى فلم ينهه كان ذلك إذنًا [١] .

١٧٢٥٩ - وقال الشافعي : لا يكون مأذونًا ، وبيعه لما في يده باطل [٢] . واختلف أصحابه إذا اشترى بثمن في ذمته .

١٧٢٦٠ - قال : الإصطخري [٣] : [لا يصح] [٤] .

وقال ابن أبي هريرة [٥] : يصح ويكون للمولى الدين في ذمة العبد وللبائع الفسخ فإن أخذه المولى من يده سقط حق الفسخ [٦] .

١٧٢٦١ - لنا : أن كل من يتصرف لنفسه يجوز تصرفه من غير إذن كالمكاتب ، ولأنه يملك قبول الهبة ، فيملك قبول الشراء من غير إذن . أصله : الحر [٧] .

---

(١) قال في البدائع : « وأما الإذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهاه ، ويصير مأذونًا في التجارة عندنا إلا في البيع الذي صادفه السكوت ، وأما في الشراء فيصير مأذونًا » . راجع البدائع (١٩٢/٧) ، تبيين الحقائق (٢٠٤/٥) المبسوط (١١/٢٥) .

(٢) وبه قال زفر والحنابلة أيضًا . راجع تبيين الحقائق (٢٠٤/٥) ، المهذب (٥١١/١) ، مغني المحتاج (١٠٠/٢) ، نهاية المحتاج (١٧٧/٤) ، والمغني لابن قدامة (٨٥/٥) .

(٣) أبو سعيد الحسن بن أحمد بن يزيد كان هو وابن سريج شيخي الشافعية ببغداد . كان أبو إسحاق المروزي لا يفتي بحضرته إلا بإذنه . من مصنفاته كتاب الأقضية ، والفرائض الكبير ، وقيل : إنه لم يؤلف أحد بعده إلا نقلًا عنه . توفي سنة ٣٢٨ هـ راجع : اللباب في تهذيب الأنساب (٥٥/١) ط دار بيروت ، معجم المؤلفين (٢٠٤/٣) ، شذرات الذهب لابن العماد (٣١٢/٢) ، ط دار الفكر بيروت ، تاريخ بغداد (٢٦٨/٧) ، كشف الظنون (٤٧/١ ، ١٣٩٥) ، بلاد فارس ، اللباب في تهذيب الأنساب (٥٥/١) .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) الحسن بن الحسين بن أبي هريرة البغدادي المعروف بابن أبي هريرة (أبو علي) فقيه درس ببغداد ، وتخرج عليه خلق كثير ، مثل أبي علي الطبري والدارقطني . وتولى القضاء . من تصانيفه : شرح مختصر المزني في فروع الفقه الشافعي . توفي سنة ٣٨٧ هـ . راجع : معجم المؤلفين (٢٢٠/٣) ، كشف الظنون (١٦٣٦/١) ، طبقات الشافعية للسبكي (٢٠٦/٢-٢١٠) ، مرآة الجنان (٣٣٧/٢) وغيرها .

(٦) راجع المهذب (٥١١/١) .

(٧) استدل الزمخشري للأحناف بقوله : « إنه لما رأى عبده يبيع ويشتري وسكت يكون هذا إذنًا من طريق الدلالة ، كالإذن من طريق الإفصاح ، فالأب إذا زوج ابنته البالغة فاستأذنها فسكتت فإن ذلك يكون رضًا منها لهذا المعنى . =

١٧٢٦٢ - احتجوا بأنه تصرف يفتقر إلى إذن، فوجب أن لا يقوم السكوت مقام الإذن فيه.

١٧٢٦٣ - أصله: إذا باع الراهن الرهن والمرتهن [١] ساكت، وباع الأجنبي ماله وهو ساكت، وتزوج العبد أو تزوجت الأمة والمولى ساكت [٢].

١٧٢٦٤ - قلنا: لا نسلم أنه تصرف يفتقر إلى إذن المولى، وإنما يفتقر إلى إمساكه عن النهي مع علمه بتصرفه، وإذا وجد الإذن فقد حصلت [٣] زيادة على [٤] الإمساك، فيجوز التصرف. فأما الراهن إذا باع فإنما لا ينفذ بيعه لسكوت المرتهن [٥]، وكذلك الأجنبي إذا باع ملكه.

١٧٢٦٥ - لأن كل واحد منهما لا يملك أن يدخل الشيء في ملك من تصرف عليه بغير رضاه، فجاز أن ينفذ تصرفه في حقه لسكوته. وأما التزويج: فلأن العادة جارية أن كل واحد من الزوجين يبحث عن حال [الآخر عند العقد، فلما لم تبحث المرأة عن إذن المولى وهي المفرطة فلا يكون بالسكوت غارًّا لها، ولم تجر العادة أن يبحث] [٦] الناس عن حال من يبيع ويشتري إذا جلس في السوق وفتح الدكان، فلما لم ينكر المولى جاز التصرف؛ إذ لو لم يجز تصرفه صار غارًّا للناس والغرور [٧] لا يجوز [٨].

= فكذلك ههنا وأرى أن قياس الزمخشري سكوت المولى عن تصرف عبده على سكوت البكر لا يصح لأنه قياس مع الفارق؛ لأن سكوت البكر اعتبره الشارع رضًا لعذر وهو الحياء لقلة خبرتها بالرجال، ولذلك فإن الشارع لم يعتبره في حق الأيم التي سبق لها الزواج بل اشترط تصريحها قولا ولم يعتبر السكوت، والمولى هنا لا يوجد لديه العذر السابق؛ لأنه لا يستحي من نهيه عبده، أو التصريح له بالقول حتى نعدل إلى اعتبار سكوته تصريحًا؛ وما ورد في حالة خاصة وهو سكوت البكر لا يُعدى إلى غيرها. راجع رؤوس المسائل الخلافية للزمخشري صـ ٢٩٥ ط دار البشائر الإسلامية.

(١) إنما لم يجز للراهن أن يبيع الرهن مع أنه ملكه لتعلق حق الغير وهو المرتهن به، فإن المرهون وثيقة عند المرتهن يستوفى من ثمنها إن تعذر وفاء الراهن له، فلذلك أبطل تصرف الراهن في العين المرهون للضرر العائد على المرتهن. قال في المهذب: ولا يملك التصرف في العين لما فيه ضرر على المرتهن، لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» فإن باعه أو وهبه أو جعله مهرًا في نكاح أو أجرة أو كان عبدًا فكاتبه لم يصح، ولا يسري إلى ملك الغير فيبطل به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح من الراهن بنفسه، كالفسخ. المهذب (٤١٢/١).

(٢) راجع المهذب (٣٤٩/١، ٤١٢، ٥١١)، مغني المحتاج (١٠٠/٢)، نهاية المحتاج (١٧٧/٤)، المغني لابن قدامة (٨٥/٥).

(٣) ساقطة من (م)، (ع).

(٤) في (م)، (ع): [عن].

(٥) في (ن): [الراهن] وهو خطأ.

(٦) ما بين القوسين ساقط من (ن).

(٧) غرّه غرورًا وغرة: بالكسر فهو مغرور وغرير كأمير: خدعه وأطمعه بالباطل. القاموس المحيط باب الراء فصل الغين (١٠٤/٢).

(٨) لما روى عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر». أخرجه أحمد في المسند (٣٠٢/١، ١٥٥/٢)، والنسائي باب بيع الحصاة (٢٦٢/٧)، وانظر مجمع الزوائد (٨٠/٤).

مسألة ٨٥٩

ما يجوز للمأذون من التصرف في المال

١٧٢٦٦ - قال أصحابنا : يجوز للمأذون أن يتخذ الوليمة التي يعتادها التجار ويهب الطعام (١) .

١٧٢٦٧ - وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز ذلك إلا بإذن المولى (٢) .

١٧٢٦٨ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ : « كَانَ يَرْكَبُ الْحِمَارَ وَيُجِيبُ دَعْوَةَ الْمَمْلُوكِ » (٣) .

وروي أن سلمان الفارسي (٤) كان مكاتبًا فحمل إلى النبي ﷺ رطبًا وقَالَ : هذَا صَدَقَةٌ ، فَقَالَ لِأَصْحَابِهِ : « كُلُوا » وَلَمْ يَأْكُلْ ، ثُمَّ حَمَلَ إِلَيْهِ رُطَبًا وَقَالَ : هُوَ هَدِيَّةٌ فَأَكَلَ وَأَكَلُوا » (٥) .

١٧٢٦٩ - فدل على جواز قبول هديته . فإن قيل : يجوز أن يكون إذن المولى في الدعوة .

١٧٢٧٠ - قلنا : لو وقف ذلك على إذن المولى لسأل عن الإذن ، ولو سأل لنقل .

١٧٢٧١ - ولأنه يملك الشراء والبيع فيملك التبرع كالحر ، ولأن من (٦) ملك التصرف في اكتسابه ملك التبرع فيها كالحر .

---

(١) قال في التبيين : ويهدي طعامًا يسيرًا ، ويضيف من يطعمه ؛ لأن التجار يحتاجون إليه لاستجلاب قلوب المجاهزين . ثم قال : ولا يمكن أن يقدر للضيافة تقدير ، لأنه يختلف باختلاف المال وغيره ، ووافق الأحناف في هذه المسألة كلٌّ من المالكية والحنابلة . راجع تبيين الحقائق (٢٠٨/٥) ، البدائع (١٩٧/٧) ، والمدونة الكبرى (٢٤٣/٥) ، ط دار صادر ، بيروت ، والمغني لابن قدامة (٨٦/٥) .

(٢) راجع : نهاية المحتاج (١٧٦/٤) الجمل على شرح المنهج (٢٢٢/٣) ، مغني المحتاج (١٠٠/٢) .

(٣) أخرجه الحاكم بمعناه عن مسلم الأعور عن أنس بن مالك ﷺ قال : كان رسول الله ﷺ يعود المريض ويتبع الجنائز ويجيب دعوة المملوك ويركب الحمار » وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه . - أي الشيخان البخاري ومسلم - والمستدرك للحاكم (٤٦٦/٢) ، ط دار المعرفة بيروت ، لبنان .

(٤) من متقدمي الصحابة ، كان يسمي نفسه سلمان الإسلام وأصله من بلاد فارس ، قرأ كتب الفرس فأظهر إسلامه عاش عمرًا طويلًا . قال عنه الرسول : « سلمان منا آل البيت » توفي سنة ٣٦ هـ . راجع الإصابة (٢٩٣/٣) ، شذرات الذهب (٤٤/١ ، ٦٢) ، الأعلام (١٢٢/٣) وغيرها .

(٥) أخرجه أحمد في المسند (٤٣٨/٥ ، ٤٣٩ ، ٣٥٤) ، وفيه ابن إسحاق وهو مدلس ، وبقية رجاله رجال الصحيح . راجع مجمع الزوائد للهيثمي (٩٠/٣ ، ٢٤٠/٨) ، ط دار الريان للتراث .

(٦) ساقطة من (ن) .

١٧٢٧٢ - احتجوا بأنه تبرع بمال مولاه فلم يجز بغير إذنه . كما لو وهب الدراهم والثياب

١٧٢٧٣ - [قلنا : الدراهم والثياب] [١] ، لم تجر عادة التجار بأن يهبوها طلبًا لإصلاح التجارة [٢] فلم يملكها المأذون .

١٧٢٧٤ - وأما الطعام : فقد جرت عادة التجار ببذلة طلبًا لإصلاح التجارة [٣] واختلاف الناس على أن يملكه إذا ملك التجارة [٤] .

* * *

(١) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [والتجار] .

(٣) في (م) ، (ع) : [التجار] .

(٤) في (ص) ، (ن) : [التجار] .

مسألة ٨٦٠

رفع الإذن بالهرب

١٧٢٧٥ - إذا أبق المأذون صار محجورًا [١] .

١٧٢٧٦ - وقال الشافعي : إذنه بحاله [٢] .

١٧٢٧٧ - لنا : أن إباقهُ يبطل تصرف المولى في إجارته فيبطل إذنه في التجارة . أصله : بيعه ، ولأنه صار في يد نفسه ، فلم ينفذ تصرفه بإذن مولاه كالمكاتب .

١٧٢٧٨ - احتجوا بأن الإباق [لا يمنع] [٣] ابتداء الإذن فلم يمنع استدامته . أصله : إذا غصبه غاصب [٤]] .

١٧٢٧٩ - [قلنا : الوصف غير مسلم ؛ لأنه لا يجوز أن يبتدئ الإذن للآبق [٥] . والمعنى فيه : إذا غصبه غاصب] [٦] أنَّ تصرف المولى يجوز فيه بالإجارة من الغاصب فجاز تصرفه بإذن المولى ، والآبق لا يجوز تصرف المولى فيه بالمعاوضات ، فلم يجز تصرفه بإذن المولى ، على أن من أصحابنا من قال يصير محجورًا إذا غصب [٧] .

١٧٢٨٠ - قالوا : هربه لا يبطل إذنه [٨] كهرب المضارب .

١٧٢٨١ - قلنا : هرب المضارب لا يوجب زوال يد رب المال عن المال المتصرف

---

(١) راجع بدائع الصنائع (٢٠٧/٧) ، تبيين الحقائق (٢١١/٥) .

(٢) راجع نهاية المحتاج (١٧٧/٤) ، ومغني المحتاج (١٠٠/٢) ، والجمل على شرح المنهج (٢٢١/٣) ، وهو رأي زفر أيضًا ، راجع تبيين الحقائق الموضع السابق ، وهو رأي الحنابلة . راجع المغني (٨٥/٥) .

(٣) في (م) ، (ع) : [يملك] .

(٤) معلوم أن زفر مع الشافعي ، وعلى ذلك أوردت كتب الأحناف له هذا الدليل في تبيين الحقائق ، وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا يكون محجورًا عليه بالإباق ؛ لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن ، ألا ترى أنه لو أذن لعبده المحجور عليه الآبق صح ؟ . تبيين الحقائق (٢١١/٥) ، والمغني (٨٥/٥) .

(٥) هذا عند بعض الأحناف ، والبعض الآخر قال : إن الإباق يمنع ابتداء الإذن دون إبقائه . تبيين الحقائق (٢١١/٥) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في التبيين : « وأما الغصب فإن كان المولى يتمكن من أخذه بأن كان الغاصب مقرًا بالغصب أو كان للمالك بينة تمكنه أن ينتزعه من يد الغاصب وينتزع كسبه من الغاصب أو إذا كان الغاصب جاحدًا ، ولم يكن للمالك بينة امتنع الإذن ابتداء ، فكذا بقاءً لعدم ما يدل عليه » . تبيين الحقائق (٢١٢/٥) .

(٨) في (م) ، (ع) : [إذنه] .

فيه ، فلم يتعين التصرف .

١٧٢٨٢ - وإباق العبد يوجب زوال يد المولى عما يقع التصرف فيه ، وهو الإذن ، فلم يجز التصرف بإذنه . فصار وزانه أن يجحد المضارب المال ، فلا يجوز تصرفه على المضاربة .

١٧٢٨٣ - قالوا : تصرف يملكه قبل الإباق ، فلم يزل بالإباق كطلاق [1] زوجته [2] .

١٧٢٨٤ - قلنا : الطلاق معنى يملكه بنفسه فحاله قبل الإباق وبعده فيه سواء . وأما التصرف : فيملكه بإذن المولى ، وبالإباق تزول يد المولى عما تصرف فيه ، وهي الذمة فيبطل تصرفه .

١٧٢٨٥ - قالوا : ما تعلق به صحة الإذن باق ، فوجب أن يكون الإذن باقيًا . أصله : إذا لم يأبق .

١٧٢٨٦ - قلنا : إذنه يصح لولايته والولاية تزول بالإباق ، بدلالة أن تصرفه فيه ناقص عما كان عليه ، حتى لا تجوز إجارته ولا بيعه .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [طلاق] .

(٢) راجع هذا القول وسائر أقوالهم في هذه المسألة في النكت (المضاربة) .

مسألة ٨٦١

إجارة المأذون لنفسه

١٧٢٨٧ - قال أصحابنا : يجوز للمأذون أن يؤاجر نفسه [١] .

١٧٢٨٨ - وقال الشافعي : ليس له ذلك [٢] .

١٧٢٨٩ - لنا : أنه يتصرف لنفسه ، فيملك أن يؤجر نفسه كالمكاتب ، لأنه [٣] يملك التصرف فتتلف [٤] . هذه المنافع بغير عوض ، فلأن [٥] يتلفها بعوض يحصله لمولاه (أولى) [٦] .

١٧٢٩٠ - ولأن الإذن يتضمن تحصيل الأكساب ، والمعتبر أنه في نفسه ، يحصل [٧] الكسب بإجارة نفسه فصار ذلك من مضمون الإذن ، ولأن من ملك أن يؤجر العبيد الذين من كسبه ملك أن يؤجر نفسه كالمكاتب ، ولأنها إجارة الذوات [٨] والعبد ملك إجارة نفسه ، كالمكاتب .

١٧٢٩١ - احتجوا بأنه عقد على رقبته فصار كبيعها ورهنها [٩] .

١٧٢٩٢ - قلنا : الإجارة عقد على المنافع لا على الرقبة وأنه قد يملك إجارة نفسه من لا يملك بيع رقبته ورهنها كالمكاتب . ولأن الإذن (يتضمن) [١٠] جواز التصرف والبيع والرهن . وكل واحد منها يوجب الحجر عليه لو صح المنع منه ، فلم يجز أن يتضمن الإذن تصرفًا يرفع الإذن ، والإجارة لا توجب رفع الإذن ، وهي من العقود التي يتبعها المال فيملُكها بإطلاق الإذن . يبين ذلك أنه [١١] لو أذن له في بيع نفسه من إنسان صار بالبيع محجورًا ، ولو أذن له في إجارة نفسه لم يصر بذلك محجورًا .

١٧٢٩٣ - قالوا : عقد على المنافع كالنكاح ، والمأذونة لا تملك أن تزوج نفسها [١٢] .

---

(١) البدائع (١٩٥/٧) ، تبيين الحقائق (٢٠٧/٥) .
(٢) نهاية المحتاج (١٧٥/٤) ، المهذب (٥١١/١) ، مغني المحتاج (١٠٠/٢) . وبه قال الحنابلة . راجع المغني (٨٥/٥) .
(٣) في (م) ، (ع) : [ولا] .
(٤) في (م) ، (ع) : [فتلف] .
(٥) في (م) ، (ع) : [فلا] وهو خطأ .
(٦) في (م) ، (ع) : [المولى] وهو خطأ .
(٧) أي : [تحصيل] .
(٨) في جميع النسخ [الدواب] ولعله تصحيف .
(٩) راجع نهاية المحتاج (١٧٥/٤) ، مغني المحتاج (١٠٠/٢) ، والمغني (٨٥/٥) ، النكت (المضاربة) .
(١٠) في (ن) : [يتضمنا] .
(١١) ساقطة من (ن) .
(١٢) راجع نهاية المحتاج (١٧٥/٤) ، النكت (المضاربة) والمغني (٨٥/٥) .

١٧٢٩٤ - قلنا : لما لم تملك أن يزوجها [١] أبوها لم تزوج نفسها ، ولما ملكت أن تؤاجر اكتسابها كذلك تملك أن تؤجر نفسها .

١٧٢٩٥ - قالوا : منافعه ملك المولى فلا يملك العقد عليها كسائر أموال المولى [٢] .

١٧٢٩٦ - قلنا : يبطل بالعقد [٣] على أكسابه ، ولأن هذه المنافع وإن كانت على حكم ملك المولى فقد أذن المولى في إتلافها لتحصيل الأكساب .

١٧٢٩٧ - ألا ترى أنه إذا اشتغل [٤] بالتجارة تلفت منافعه على المولى ، فجاز أن يتلفها بعوض وسائر أموال المولى لم يتضمن الإذن إتلافها لتحصيل الأكساب ، فلم يتضمن العقد عليها لتحصيل [٥] عوضها [٦] .

• • •

(١) المثبت بالنسخ : [أن يزوج أباها ولا يستقيم معناه] . ولعل صوابها [أن تزوج غيرها] .
(٢) راجع نهاية المحتاج ، والنكت والمغني في المواضع السابقة .
(٣) في (م) ، (ع) : [بالعبد] وهو خطأ .
(٤) في (م) ، (ع) : [اشتغل به] .
(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٦) في (م) : [عوضا] .

مَوْسُوعَة

القَوَاعِدِ الفِقْهِيَّةِ المُقَارَنَةِ

المُسَمَّاة

التَّجْرِيد

كتاب المساقاة

مسألة ٨٦٢

كتاب المساقاة (١)

١٧٢٩٨ - قال أبو حنيفة : المساقاة باطلة (٢) .

١٧٢٩٩ - وقال الشافعي في الجديد : تجوز في النخل والكرم (٣) دون غيرهما .

---

(١) المساقاة لغة : مفاعلة من السقي . والمساقاة في النخيل والكرم على الثلث والربع وما أشبهه . يقال : ساقى فلان نخله أو كرمه إذا دفعه إليه واستعمله فيه ، وأهل العراق يسمونها معاملة . راجع اللسان (سقى) (٢٠٤٤/٣) وتهذيب اللغة للأزهري (سقى) (٢٣٠/٩) وشرعًا : عرفها الأحناف بأنها : (دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمر بينهما ، أو العقد على العمل ببعض الخارج (تبيين الحقائق ٢٨٤/٥) .

وعرفها المالكية بأنها : « عقد على مؤنة نمو النبات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة » . مواهب الجليل (٧٢/٥) . وعند الشافعية : هي معاملة على تعهد شجر بجزء من ثمرته . نهاية المحتاج (٢٤٤/٥) ، فتح العزيز (٩٩/١٢ ، ١٠٠) .

وعرفها الحنابلة بقولهم : « دفع شجر مغروس معلوم له ثمر مأكول لمن يعمل عليه بجزء مشاع معلوم من ثمره » . شرح منتهى الإرادات (٣٤٣/٢) ، والمغني لابن قدامة (٣٩١/٥) . وبالنظر إلى التعريفات السابقة نراها تتفق حول حقيقة المساقاة ، وهي دفع الشجر إلى من يعمل فيه على جزء من ثمرته . غاية الأمر : أن بعضها تعرض لبيان ما تجوز فيه وشرائط جوازها وغير ذلك ، وبعضها غير مانع من دخول غير الجائز فيها ، فمثلًا تعريف الأحناف لها يشمل المساقاة على كل شجر له ثمر ولو لم يكن مقصودًا . وتعريف المالكية يدخل فيه المساقاة التي شرط فيها جميع الثمر للعامل ، وكذلك المساقاة على البعل من الشجر (أي الذي لا ثمرة له) . وأرى أن تعريف الحنابلة هو أتم تعريف للمساقاة ؛ حيث تناول شرائطها ، وما تجوز فيه ، وما يجب على العامل فيها ، حتى إن الناظر فيه يكاد يقف على رأيهم في مسائل المساقاة جميعًا . وإنما سمي العمل على الأشجار مساقاة ؛ لأن أكثر حاجة شجر أهل الحجاز إنما هي السقي ، وإلا فالمعاملة على الشجر أعم من السقي ، فهي تعهد الشجر ورعايته في كل ما يحتاج إليه حتى إن الأحناف يسمونها معاملة ، وقد يطلقون عليها مساقاة .

(٢) راجع البدائع (١٨٥/٦) ، تبيين الحقائق (٢٨٤/٥) .

(٣) الكرم : العنب . وقد نهى رسول الله ﷺ عن تسمية العنب بالكرم فقال : « لا تقولوا الكرم ، فإن الكرم هو المؤمن » . راجع : القاموس المحيط باب الميم فصل الكاف (١٧٢/٤) ، ومسند أحمد (٢٧٢/٢) ، النظم المستعذب في شرح تقريب المهذب (٣٩٠/١) .

١٧٣٠٠ - وقال في القديم [١] تجوز في كل شجر [٢] له [٣] ثمرة [٤] .

١٧٣٠١ - لنا : حديث رافع بن خديج [٥] ﷺ أن النبي ﷺ نَهَى عَنِ الـمُخَابَرَةِ [٦] ، وعن جابر [٧] ﷺ قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « مَنْ لَمْ يَذَرِ الـمُخَابَرَةَ فَلْيَأْذَنْ

---

(١) القديم ما قاله الشافعي بالعراق قبل انتقاله إلى مصر ، ومن أشهر رواته : أحمد بن حنبل ، والزعفراني ، أبو ثور ، ومن أشهر كتبه : الحجة ، وإذا أطلق القديم كان مقصودًا به . والجديد : ما قاله بمصر ، وأشهر رواته : البويطي والمزني ، والمرادي والخيري وحرملة . ومن أشهر كتبه كتاب الأم . . وقد رجع الشافعي عن القديم وقال : لا يحل عد القديم من المذهب ، والفتوى في المذهب على الجديد ، وإذا كان فيها قولان فالجديد هو الصحيح ، وقد استثنى بعض الأصحاب بعض المسائل قالوا : الفتوى فيها على القديم . ذكر النووي أنها نحو عشرين مسألة أو أكثر ، وذكر السيوطي منها بضع عشرة مسألة ، قال في الأشباه : « المسائل التي يفتي فيها على القديم بضع عشرة مسألة : التثويب في أذان الصبح القديم استحبابه ، ومسألة التباعد عن النجاسة في الماء الكثير : القديم أنه لا يشترط ، ومسألة قراءة السورة في الركعتين الأخيرتين : القديم لا يستحب ، ومسألة الاستنجاء بالحجر فيما جاوز المخرج : القديم جوازه ، ومسألة لمس المحارم القديم لا ينقض (الوضوء) ، ومسألة تعجيل العشاء : القديم أنه أفضل ، ومسألة وقت المغرب : القديم امتداده إلى غروب الشفق ، ومسألة شرط التحلل من الإحرام بمرض ونحوه : القديم جوازه ، ومسألة الجهر بالتأمين في صلاة جهرية : القديم استحبابه ، ومسألة من مات وعليه صوم : القديم يصوم عنه وليه ، ومسألة الخط بين يدي المصلي إذا لم يكن معه عصا : القديم استحبابه . راجع الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٩٩ ، كشف الظنون (٦٣١/١) ، والمجموع النووي (١٠٨/١-١١١) .

(٢) في (م) ، (ع) : [شيء] . (٣) في (ن) : [لها] .

(٤) راجع : الأم (٢٣٨/٣) ، مختصر المزني (٧٠/٣ ، ٧١) ، المهذب (٥٢١/١) ، نهاية المحتاج (٢٤٦/٥) ، والقديم في مذهب الشافعي يتفق مع رأي المالكية والحنابلة ؛ فقد جوزوها في جميع الشجر المثمر ، وهو مروي أيضًا عن الخلفاء الراشدين وسعيد بن المسيب والثوري والأوزاعي ، وهو مذهب محمد وأبو يوسف من الأحناف . وبداية المجتهد (١٨٥/٢) ، المغني (٣٩٣/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٤٣/٢) ، ولا تجوز في شيء من البقول عند الجميع إلا عند ابن دينار ؛ فإنه أجازها في البقول أيضًا ، راجع ما سبق وبداية المجتهد (١٨٥/٢) .

(٥) رافع بن خديج بن رافع الأنصاري الأوسي . صحابي جليل كان عريف قومه بالمدينة وشهد أحدًا ، والخندق له ٧٨ حديثًا . توفي بالمدينة متأثرًا من جراحة له سنة (٧٤) هـ ، راجع الإصابة (٤٣٦/٢) ، الاستيعاب (٤٧٩/١) ، شذرات الذهب (٨٢/١) ، الأعلام (١٢/٣) .

(٦) الحديث من طريق رافع وغيره مختصرا ، ومطولًا ، أخرجه أحمد في مسنده (٤٦٣/٣) ، (١٨٧/٥ ، ١٨٨) ، ومسلم في صحيحه ، باب كراء الأرض (١١٧٧/٣) ، وأبو داود في سننه (٦٩٥/٣) ، حديث رقم (٣٤٠٧) كتاب المخابرة ، الترمذي بمعناه عن جابر (٦٠٥/٣) ، رقم ١٣١٣ ، وابن ماجه (٨٤/٧) رقم (٣٩١٧) والنسائي من طريق جابر باب بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه (٢٦٢/٧) ، والطبراني في المعجم الكبير عن زيد بن ثابت (١٥٩/٥) رقم (٤٩٣٨) وراجع تلخيص الحبير (٥٩/٣) ونيل الأوطار (٢٧٥/٥) .

(٧) الصحابي الجليل : جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن ثعلبة الخزرجي السلمي ، أبو عبد الله ، ويقال له : أبو عبد الرحمن ، وأبو محمد ، روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وغيرهم ، وعنه أولاده وسعيد بن المسيب

بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ﴾ (١) .

قال ابن الأعرابي (٢) : المخابرة مشتقة من معاملة رسول الله ﷺ أهل خيبر (٣) [ثم صارت لغة مستعملة ، وقيل للأَكَّار (٤) خبير] (٥) .

١٧٣٠٢ - وقال أبو عبيدة (٦) : الخبير الأكار ، والمخابرة المواكرة (٧) ولذلك سمي الأكار أكارًا (٨) لأنه مواكر الأرض ، والمواكرة تكون في المزارعة (٩) والمساقاة جميعًا

= وغيرهم . توفي سنة (٧٣ هـ) ، وقيل : سنة (٧٧ هـ) ، وهو آخر من مات من الصحابة بالمدينة ﷺ . راجع التهذيب (٤٢/٢ ، ٤٣) ، الإصابة (٤٣٧/١) ، شذرات الذهب (٨٤/١) ، تقريب التهذيب (١٢٢/١) ، أسد الغابة (٣٠٧/١) ، الجمع بين رجال الصحيحين (٧٢/١) ، ط دار الكتب العلمية بيروت .

(١) الحديث أخرجه أبو داود في سننه باب المخابرة (٦٩٥/٣) ، رقم ٣٤٠٦ ، وانظر كنز العمال (٥٣٠/١٥) ، حديث رقم (٤٢٠٥٠) كتاب المزارعة . وقال أبو نعيم في حلية الأولياء : غريب ، راجع الأولياء وطبقات الأصفياء (٢٣٦/٩) ط دار الكتب العلمية بيروت ، لبنان .

(٢) محمد بن زياد أبو عبد الله بن الأعرابي من موالى بني هاشم ، كان عالمًا باللغة والشعر ناسبًا كثير السماع من المفضل بن محمد الضبي ، راوية للأشعار ، وكان يزعم أن الأصمعي وأبا عبيدة لا يحسنان قليلًا ولا كثيرًا . له من الكتب : النوادر ، وصفة الدرع ، والخيل ، ومدح القبائل ، ومعاني تفسير الأمثال ، النبات والألفاظ ، وغيرها ، توفي سنة ثلاثين وقيل : إحدى وثلاثين ومائتين وقيل غير ذلك . راجع : الأعلام (١٣١/٦) ، شذرات الذهب ٧٠/٢) ، بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة للسيوطي (١٠٥/١ ، ١٠٦) ، ط عيسى الحلبي ، وفيات الأعيان (٣٠٦/٤) ، تاريخ بغداد (٢٨٢/٥) .

(٣) خيبر : ناحية على ثمانية برد من المدينة لمن يريد الشام ، وقد فتحها النبي ﷺ سنة (٧ هـ) ، وقيل سنة (٨ هـ) ، راجع معجم البلدان لياقوت الحموي (٤٠٩/٢) ، وانظر قول ابن الأعرابي في تهذيب الأسماء واللغات للنووي (٨٧/٣) ط دار الكتب العلمية بيروت ، وفي اللسان غير منسوب (١٠٩١/٢) (خبر) .

(٤) الأُكرةُ : بالضم : الحفرة يجتمع فيها الماء فيعرف صافيًا ، والأَكْرُ والتأكُّر حفرها ؛ ومنه الأكار للحراث ، والمواكرة المخابرة . راجع القاموس المحيط باب الراء فصل الهمزة (٣٧٨/١) ، واللسان (١٠٩١/٢) مادة : (خبر) .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (ن) .

(٦) معمر بن المثنى اللغوي البصري ، أبو عبيدة ، مولى بني تميم رهط أبو بكر الصديق . أخذ عن يونس وأبي عمرو ، وهو أول من صنف غريب الحديث ، وأخذ عنه أبو عبيد وأبو حاتم والمازني والأثرم وغيرهم ، كان أعلم من الأصمعي وأبي زيد بالأنساب والأيام ، سئل أبو نواس عنه وعن الأصمعي فقال عن الأصمعي : بلبل في قفص ، وعن أبي عبيدة : أديم طوي على علم . من تصانيفه : المجاز في غريب القرآن ، والأمثال في غريب الحديث ، ومعاني القرآن وغيرها . توفي سنة (٢٠٩ هـ) .

(٧) راجع تهذيب اللغة الأزهري (٣٦٧/٧) (خبر) ط الدار المصرية للتأليف والترجمة . تهذيب الأسماء واللغات للنووي (٨٧/٣) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) المزارعة لغة : مفاعلة من الزرع ، وهو الإثبات ، والإنبات المضاف إلى العبد مباشرة ، فعل أجرى الله ■ =

فتدخل تحت النهي [١] .

١٧٣٠٣ - ولا يقال : إن العقود لا يشتق لها اسم من الأماكن كما لا يشتق لعقد رسول الله ﷺ مع أهل مكة [اسم من مكة] [٢] لأن إخبار ابن الأعرابي بذلك حجة [٣] .

١٧٣٠٤ - ولأن ذلك غير ممتنع كما قال أعرق [٤] وألحد [٥] وبدا [٦]

١٧٣٠٥ - ولأنه عقد لا يصح من غير ذكر مدة فلم يجز [بذكر] [٧] ثمرة [٨] معدومة كالإجارة ، وعكسه الخلع [٩] والمضاربة .

١٧٣٠٦ - ولأنه شرط له جزءا من ثمرة معدومة عوضًا عن عمله ، فوجب أن لا يجوز .

= العادة بحصول النبات عقيبه لا بتخليقه وإيجاده ، وفي اللسان : المزارعة معروفة ، والمزرعة والمزارعة والزراعة والمزروع موضع الزرع . اللسان (٨٢٦/٣) . وشرعًا : العقد على المزارعة ببعض الخارج بشرائطه . بدائع الصنائع (١٧٥/٦) .

(١) أراد المصنف رحمه الله بما ساقه من النصوص وأقوال أهل اللغة : أن يثبت أن المساقاة مخابرة حتى يصح إدخالها في النهي الوارد في الحديث ، فعند أبي حنيفة . المعاملة أو المساقاة ، وهى دفع الشجر لمن يعمل فيه على أن الثمر بينهما ، والمزارعة وهى العقد على المزارعة ببعض الخارج كلاهما مخابرة ، حكمهما عنده البطلان للحديث السابق ، وأما عند الشافعية : فالمساقاة وهى المعاملة على الشجر بجزء من ثمرته ليست مخابرة ؛ فلا تدخل في النهى الوارد في الحديث . أما المخابرة والمزارعة : فعند الشافعية يكونان في الزراعة ، وعند بعضهم : لا فرق بينهما وهما بمعني واحد . وعند الأكثرين منهم بينهما فرق ، وهو أن المزارعة يكون البذر فيها من رب المال ، والمخابرة يكون البذر فيها من العامل ، وحكم المزارعة والمخابرة في صحيح المذهب ، وهو ما ذكره النووي عن الشافعي الفساد فيهما جميعًا ، وعند بعض المحققين منهم الصحة ، وبه قال ابن سريج وابن خزيمة ، وأكثر المحققين من الشافعية على القول بجواز المزارعة . راجع البدائع (١٧٥/٦ ، ١٨٥) ، تبيين الحقائق (٢٧٨/٥ ، ٢٨٤) ، تهذيب الأسماء واللغات (٨٨/٣) خبر المهذب (٥١٢/١ ، ٥١٦) ، فتح العزيز (٩٩/١٢ ، ١٠٩) ، روضة الطالبين للنووي (١٦٨/٥) ، ط المكتب الإسلامي للطباعة والنشر .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) يقصد قوله بأن المخابرة من معاملة أهل خيبر .

(٤) أعرق : أتى العراق . القاموس المحيط . باب القاف فصل العين (٢٧٣/٣) .

(٥) ألحد : مال وعدل وجادل ، وألحد في الحرم : ترك القصد فيما أمر به وأشرك بالله . القاموس المحيط باب الدال فصل اللام (٣٤٧/١) ، وألحد في دين الله : أي حاد عنه وعدل . مختار الصحاح (٦١٧) (الحد) .

(٦) بدا القوم : خرجوا إلى باديتهم . مختار الصحاح (٥٧) (بدا) القاموس : باب الواو والياء فصل الباء (٣٠٤/٤) .

(٧) ساقطة من (ص) ، (ن) .

(٨) في (ص) ، (ن) : [بثمرة] .

(٩) الخلع : إزالة ملك النكاح بأخذ المال . التعريفات (٩١) .

١٧٣٠٧ - أصله : إذا ساقاه على نخل على أن يستحق نصف ثمرة نخلة واحدة [١] منه .

١٧٣٠٨ - فإن قيل هذا لا يجوز مثله في المضاربة .

١٧٣٠٩ - قلنا : المضاربة نوع شركة ، فلا تجوز مع قطع الربح عن بعض المال .

١٧٣١٠ - والمساقاة إجارة ، فإذا جازت على نوع مال جازت على أبعاضه [٢] / . ١٩٦/ب

١٧٣١١ - ولأنه شرط جزءا مما يحدث من ملكه بدلًا عن [٣] عمله ، فوجب أن يكون باطلًا . أصله المزارعة [٤] المنفردة والغنم إذا عامله راعيها [٥] بجزء من أولادها ، وألبانها .

١٧٣١٢ - فإن قيل : الأرض المنفردة يمكن إجارتها فلم تجز المعاملة عليها .

١٧٣١٣ - قلنا [٦] : والنخيل يمكن الاستئجار على عمله بثمن في الذمة .

١٧٣١٤ - فإن قيل : الغنم لا يحصل النماء بعمله عليها ، وإنما يقربها من العلف ويقرب الفحل منها ، ثم يكون الولد من فعل الله .

١٧٣١٥ - قلنا : لا نفرق [٧] بينهما ؛ لأن النخل والكرم يقرب الماء منهما ، كما يقرب العلف إلى الغنم ، أو يقرب الغنم إلى العلف ، ويوقع فعلًا فيها وهو حلابها وجزها ، كما يلقح النخل ويقرب الفحل [لضرابها] [٨] ، فيخلق الله سبحانه وتعالى الولد ، كما يلقح النخل فيخلق الله الثمرة ، ويقلبها من حال إلى حال ، فلا فرق بينهما .

١٧٣١٦ - ولأن العمل على النخل معاوضة لازمة ، فلا يجوز بدل معدوم [٩] كالبيع والإجارة .

---

(١) في (ن) : [فأخذ] وهو خطأ .

(٢) في (م) ، (ن) : [أنعاضه] ، وهو خطأ .

(٣) في (م) ، (ع) : [لا من] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الزراعة] .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (ن) : [لنا] وهو خطأ .

(٧) في (ص) ، (ن) : [لا فرق] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لصوابها] . وضرب الفحل ضرابًا : نكح .. القاموس المحيط باب الباء فصل الضاد (٩٩/١) .

(٩) في (م) ، (ع) : [معلوم] وهو خطأ .

١٧٣١٧ - احتجوا بما روى نافع [١] عن ابن عمر [٢] [ﷺ] [٣] أن النبي ﷺ « عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ » [٤] .

١٧٣١٨ - وروي مِقْسِم [٥] عن ابن عباس [٦] قال : افْتَتَحَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ خَيْبَرَ ، وَاشْتَرَطَ أَنَّ [٧] لَهُ الْأَرض مِنْ كَلّ صَفْرَاءَ وَبَيْضَاءَ . وَقَالَ أَهْلُ خَيْبَر : نَحْنُ أَعْلَمُ بِالْأَرْضِ مِنكُمْ « فَأَعْطِنَاهَا » [٨] عَلَى أَنَّ لَكُمْ نِصْف الثَّمَرَةِ وَلناَ النِصْف [٩] .

١٧٣١٩ - والجواب : أن هذا لم يكن على طريق المساقاة ، بدلالة أنه لم يذكر مدة معلومة فقال « نُقِرُّكُمْ فِيهَا مَا شِئْنَا » [١٠] .

---

(١) أبو عبد الله نافع المدني من أئمة التابعين بالمدينة ، كان فقيهًا متفقًا على رياسته ، كثير الرواية للحديث ، ثقة لا يعرف له خطأ في جميع ما رواه ، وهو ديلمي الأصل مجهول النسب . أصابه عبد الله بن عمر صغيرا في بعض مغازيه ، ونشأ بالمدينة ، وأرسله عمر بن عبد العزيز إلى مصر ليعلم أهلها السنن . توفى سنة (١١٧) هـ . راجع التهذيب (٤١٢/١٠) ، وفيات الأعيان (٣٦٧/٥) ، الأعلام (٦/٨) وغيرها .

(٢) أبو عبد الرحمن : عبد الله بن عمر بن الخطاب أسلم وهو صغير ، وهو ممن بايع تحت الشجرة ، توفي سنة (٧٣) هـ . راجع سير أعلام النبلاء للذهبي (٣٠٢/٣) ، ط مؤسسة الرسالة ، أسد الغابة (٣٤٠/٣) ، التهذيب (٣٢٨/٥) .

(٣) ساقط من (ص) .

(٤) حديث صحيح أخرجه الجماعة . البخاري باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة (١٣٨/٣) ، مسلم كتاب المساقاة باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع (١١٨٦/٣) رقم ١ (١٥٥١) ، مسند أحمد (١٧/٢ ، ٢٢ ، ٣٧) ، سنن الترمذي (٣ / ٥٩) ، كتاب المساقاة والمزارعة ، ونيل الأوطار (٢٧٢/٥) .

(٥) مقسمَ بكسر أوله وسكون ثانيه - « بن بُجْرة بضم الموحدة وسكون الجيم ، ويقال : ابن الجدة ، أبو القاسم ، ويقال : أبو العباس مولى عبد الله بن الحارث بن نوفل ، ويقال : مولى ابن عباس للزومه له ، روى عن ابن عباس وعبد الله بن الحارث بن نوفل وعائشة وغيرهم ، وتوفي سنة ١٠١ هـ ، راجع التهذيب (٢٨٩/١٠) ، وشذرات الذهب (١٢١/١) وغيرها .

(٦) عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي القرشي الهاشمي يكنى أبا العباس ابن عم رسول الله ﷺ ويسمى حبر الأمة وترجمان القرآن ، كان عمره يوم توفى رسول الله ﷺ عشر سنين وقيل خمس عشرة ، توفى بالطائف سنة ٧٠ هـ . راجع الاستيعاب (٩٣٣/٣ - ٩٣٩) ، وفيات الأعيان (٦٢/١٣) ، التهذيب (٧٦/٥- ٢٧٦) ، أسد الغابة (٢٩٠/٣) ، الإصابة (١٤١/٤) .

(٧) في (ن) : [على ص ،] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فأعطها] .

(٩) أخرجه أبو داود ضمن حديث طويل ، راجع السنن له (٦٩٨/٣) رقم (٣٤١٠) وابن ماجه في الرهون (٨٢٤/٢) رقم (٢٤٠٨) ، باب معاملة النخيل والكرم مختصرًا ، وفي الزكاة باب خرص النخل ، وأبو داود (٥٨٢/١) ، رقم (١٨٢٠) .

(١٠) أخرج الشيخان عن ابن عمر : أن عمر بن الخطاب أجلى اليهود والنصارى من أرض الحجاز ، وأن =

١٧٣٢٠ - ذكر ذلك ابن إسحاق [١] وروي [٢] « نُقِرُّكُم مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ » [٣] وهذا لا يجوز شرطه باتفاق [٤] فاحتمل أن يكون النبي ﷺ جعل جزيتهم العمل في الأرض ودفع إليهم سهمًا من الثمرة على طريق المعونة ؛ لأن الإمام يجوز له معونة أهل الذمم ، إذا لم يجدوا شيئًا .

١٧٣٢١ - فإن قيل : إذا أجمعنا على أن المساقاة لا تجوز إلا بمدة معلومة [٥] علمنا أن النبي ﷺ ذكر المدة ، ولم تنقل ، ولا يجوز بأن [٦] يحمل أمره على أنه عقد مالا يجوز بالإجماع .

١٧٣٢٢ - قلنا : قوله [٧] : نُقِرُّكُمْ [٨] ما شئنا ، ينفي ذكر مدة معلومة ، ولو كانت مذكورة لنقلت ، فلا يجوز ثبت مدة لم تنقل ، بل قد نقل ما ينفيها ويوجب حمل الأمر [٩] على غير عقد المساقاة من الوجه الذي بينا [١٠] .

١٧٣٢٣ - قالوا : قوله : « عَلَى أَنْ نُقِرَّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ وَ مَا شِئْنَا » يحتمل أن يكون شرطًا تَقَدَّم العقد .

=رسول الله لما ظهر عليها أراد إخراج اليهود ، فسألت اليهود رسول الله أن يقرهم بها على أن يكفوه عملها ولهم النصف من الثمر ، فقال رسول الله : « نقركم بها على ذلك ماشئنا » فقروا بها حتى أجلاهم عمر إلى تيماء ، أو أريحاء . صحيح البخاري . إذا قال رب الأرض أقرك ما أقرك الله (١٤٠/٣) ، مسلم (١١٨٨/٣) رقم (١٥٥١) .

(١) محمد بن إسحاق بن يسار المطلبي بالولاء المدني (أبو بكر ، أبو عبد الله) محدث حافظ من تصانيفه : السيرة النبوية ، الخلفاء ، المبدأ ، رأى أنس بن مالك ، وحدث عن أبيه وعمه موسى ونافع وغيرهم . وعنه جرير بن حازم وإبراهيم بن سعد وغيرهم توفي ببغداد سنة ١٥١ هـ . وفيات الأعيان (٢٧٦/٤) ، شذرات الذهب (٢٣٠/١) ، تذكرة الحفاظ للذهبي (١٧٢/١) ، ط دار إحياء التراث العربي ، العبر (٢١٦/١) ، لسان الميزان لابن حجر (٦٨٢/٦) ، ط الهند ، التهذيب (٣٨/٩) ، و غيرها .

(٢) في (م) ، (ع) : [روي] .

(٣) راجع الموطأ للإمام مالك (٧٠٣/٢) ، مسند الشافعي (٩٥) ط بيروت .

(٤) أي لا يجوز شرطه في المساقاة ؛ لأن من شرطها بيان المدة من غير جهالة .

(٥) عند الشافعية : لابد من ذكر المدة صراحة . وعند الأحناف : لا يشترط النص ، لأنه يفهم من العادة ، ولذلك قالوا : « وأما بيان المدة فليس بشرط استحسانًا للعلم بوقته » . راجع المهذب (٥١٣/١) ، البدائع (١٨٦/٦) ، ابن عابدين (٢٨٦/٦) .

(٦) في (م) ، (ع) : [لأنه] .

(٧) في (ن) ، (م) ، (ع) : [قولكم] وهو خطأ .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [العقد] .

(١٠) قصد بذلك تعليق المدة على المشيئة مما يتنافى مع حقيقة عقد المساقاة ، للجهالة المترتبة على ذلك وعدم =

١٧٣٢٤ - قلنا : المنقول أن العقد وقع على هذا الشرط ، ولأنه لو كان قبله لم يتعلق به حكم ، ولا يجوز أن تحمل شروط رسول الله ﷺ على مالا يؤثر في الحكم .

١٧٣٢٥ - فإن قيل : قوله [1] : « نُقِرُّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ » معناه : ما لم ينسخ [2] . هذا الحكم [3] .

١٧٣٢٦ - قلنا : قد روينا : « نُقِرُّكُمْ مَا شِئْنَا » وهذا لا يمكن حمله على النسخ .

١٧٣٢٧ - ولأن رسول الله [4] ﷺ أقرهم على هذه المعاملة [5] وأبو بكر [رضي الله عنه] [6] وَبَعْضَ أَيَّامِ [7] « عُمَرَ » [8] رضي الله عنه فلما أراد عمر رضي الله عنه أن يجليهم قال [9] : إن رسول الله ﷺ شَرَطَ أَنْ يُقِرَّكُمْ مَا أَقَرَّكُمُ اللَّهُ فِي أَحْلَامِكُمْ . ولو كان هذا الشرط لبيان

= بيان مدتها .

(١) في (م) ، (ع) : [قولكم] وهو خطأ .

(٢) يطلق النسخ في اللغة ويراد به أحد معنيين : الإزالة ، أو النقل مع بقاء الأول ، مثل الأول : نسخت الشمس الظل ، والثاني : نسخت الكتاب . واصطلاحًا : عرفه علماء الأصول : بأنه رفع أو إزالة حكم شرعي بدليل شرعي . راجع القاموس المحيط باب الخاء فصل النون (٢٨١/١) ، غاية الوصول شرح لب الأصول . لأبي يحيى زكريا الأنصاري ص (٨٧) ط عيسى الحلبي ، والمحصول للرازي (٥٢٦/١) ، ط دار الكتب العلمية ، بيروت . والبرهان لإمام الحرمين (٢٩٤/٢) ط دار الأنصار ، واللمع للشيرازي صـ (٣٠) ، ط مصطفى الحلبي ، إرشاد الفحول (١٨٣) ط مصطفى الحلبي ، والإحكام للإمدى (٣ / ١٤٦) ط دار الحديث .

(٣) هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء ، أو التخيير ، أو الوضع . راجع الأحكام (١٣٥/١) ، المحصول (١٥/١) ، التمهيد للإسنوى ص ٤٨ ، والتعريفات صـ ٨٢ .

(٤) في (ن) « الرسول » . (٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) ساقطة من (ن) وهو عبد الله بن أبي قحافة أبو بكر الصديق رضي الله عنه ، كان اسمه في الجاهلية عبد الكعبة ، فسماه رسول الله ﷺ عبد الله ، وهو أول من أسلم من الرجال ، وأول من صلى مع رسول الله ﷺ ، ورافقه في هجرته ، وأول خليفة للمسلمين ، توفي بعد رسول الله بسنتين وثلاثة أشهر وسبع ليال سنة (١٣ هـ) . راجع الاستيعاب (٩٦٣/٣ -٩٧٧) ، الإصابة (٤٤/٧) ، وفيات الأعيان (٦٤/٣) ، شذرات الذهب (٢٧/١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [وبعدهما عمر] وما أثبتناه أدق ؛ لأن عمر أجلاهم في أيامه كما سبق القول .

(٨) أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه بن نفيل بن عبد العزى بن رياح القرشي (أبو حفص) كان إسلامه عزًّا ظهر به الإسلام ، وأسلم بعد أربعين رجلًا وإحدى عشرة امرأة . ولي الخلافة بعد الصديق ، وقتله أبو لؤلؤة وهو في صلاة الصبح سنة ٢٣ هـ رحمه الله . الإصابة (٥٨٨/٤) ، أسد الغابة (١٤٥/٤) ، الاستيعاب (١١٤٤/٣-١١٥٩) ، شذرات الذهب (١٦/١) ووفيات الأعيان (٤٣٦/٣) والأعلام (٤٥/٥) .

(٩) ساقطة من (ن) .

انقطاع العقد بالفسخ ؛ لم يجز أَنْ يَفْسَخَ [١] عمر ﷺ ، ولَمَّا وجِدَ الفسخ علم أنه يؤقت بمشيئة الإمام ما رأى أن في تبقيته مصلحة ، لا كما قالوا .

١٧٣٢٨ - وجواب آخر [٢] : وهو أن النبي ﷺ فتح أكثر خيبر عنوة [٣] فثبت له حق الاسترقاق في رقابهم ، فعَقْدُه [٤] معهم كعقد المولى مع عبده ، فيجوز فيه ما لا يجوز في عقود الأحرار .

١٧٣٢٩ - فإن قيل : لو كانوا استرقوا لم يجز له [٥] أن (يجليهم) [٦] ويسقط حق المسلمين من رقابهم .

١٧٣٣٠ - قلنا : النبي ﷺ لم يسترقهم ولم يحكم بحريتهم ، بل أوقف ذلك على الارتباط بالعقود معهم ، وحق الاسترقاق ثابت كالعقد مع الرقيق فرأى عمر ﷺ أن يأخذ وجهي الاختيار [٧] وسقط حق الاسترقاق عنهم [٨] .

١٧٣٣١ - فإن قيل : لما خرص [٩] عبد الله بن رواحة [١٠] قال : إِنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ وَإِنْ

---

(١) انفسخ العقد والبيع والنكاح : انتقض . القاموس المحيط باب الخاء فصل الفاء (٢٧٦/١) .

(٢) في (ن) : [ثان] .

(٣) أخرج أبو داود عن سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ افتتح بعض خيبر عنوة ، راجع نيل الأوطار (١٣/٨) ، والبداية والنهاية (١٨١/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فعقد] .

(٥) في (ن) [لهم] وهو خطأ والمراد عمر ﷺ . (٦) بالنسخ [يجللهم] وهو خطأ ظاهر .

(٧) في (م) ، (ع) : [الأخبار] .

(٨) أرى أن قول المصنف بأن النبي ﷺ لم يسترقهم ولم يحكم بحريتهم بل جعل أمرهم موقوفًا على العقد معهم فيه نظر ؛ لأن هذا الأمر من الأمور المهمة التي تحتاج إلى بيان ؛ ، لأنه من المعلوم أن هناك فارقًا بين كون أهل خيبر أحرارًا أو كونهم عبيدًا ، بالنسبة للتعامل من قبل المسلمين ، إذ لو استرقوا لتعلق برقابهم حق المسلمين ، ولو كانوا أحرارًا لم يكن للمسلمين عليهم غير الجزية . كما لا يحق لمن جاء بعد الرسول ﷺ أن يضرب عليهم الرق ، وهم أحرار ، ولما توقف فهم حقيقة العقد الذي عقده رسول الله ﷺ ، وهو التوقف على معرفة كونهم أحرارًا أم عبيدًا وحسب بيان حالهم ولم يكن التوقف مناسبًا ، ولا يعقل أن يترك رسول الله ﷺ أمرًا بهذه الأهمية ولا يبينه ومن الممكن أن يشار إلى أن مجرد وقف الحرية على الارتباط بالعقود معهم دليل على إثبات حريتهم .

(٩) الخرص : حزر ما على النخل من الرطب ثمرًا . مختار الصحاح خرص (١٩١) ، القاموس المحيط باب الصاد فصل الخاء (٣١٠/٢) .

(١٠) عبد الله بن رواحة بن ثعلبة الأنصاري النقيب الصحابي ، الشاعر شهد بدرًا والخندق والحديبية واستشهد في مؤتة . راجع الاستيعاب (٨٩٨/٣) ، التهذيب (٢١٢/٥) ، سير أعلام النبلاء (٢٣٠/١) ، =

شِئْتُمْ فَلَنَا [١] ، فدل أنهم أحرار ؛ لأن العبيد لا يملكون .

١٧٣٣٢ - قلنا : العبد يضاف [٢] إليه الملك وإن لم يملك حقيقة ؛ لأن العرب تضيف بأدنى ملابسة ، على أنا بينًّا أن حق الاسترقاق كان متعلقًا برقابهم ، وهذا لا يمنع من ثبوت ملكهم إلا أن [٣] يسترقوا .

١٧٣٣٣ - وجواب ثالث : أن النبي ﷺ نَزَّل على أملاكهم بعض خيبر على طريق الطعمة لهم [٤] ، لأنه لما أجلاهم عمر ﷺ : قَوم لَهُمْ مِلْك الطَّعْمَةِ [٥] فيجوز أن يكون جعل عليهم العمل في حصة المسلمين جزية [٦] ، وأعطاهم النصف حصة ما تركه لهم من الأملاك طعمة ، يبين ذلك أن النبي ﷺ لم [٧] يأخذ منهم جزية . ولا يجوز تبقية الكافر في دار الإسلام بغير شيء ؛ فعلم أن عملهم كان جزية .

فإن قيل : إن النبي ﷺ قَسَّم خيبرَ بينَ المسلمِينَ [٨] فكيف يكون بعضها لهم ؟ .

١٧٣٣٤ - قلنا : إنما بيَّنَّ رسول الله ﷺ الكتيبة [٩] خاصة فجعلها لنفسه ، وجعل

= حلية الأولياء (١١٨/١) ، ط الفكر بيروت .

(١) راجع الموطأ (٧٠٣/٢) ، مسند الشافعي (٩٥ ، ٢٢٣) ، التمهيد لابن عبد البر (٤٤٤/٦ ، ٤٦٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [مضاف] .

(٣) في (م) ، (ع) : [ألا] .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) راجع مغازى الواقدى [٧٠٧/٢] .

(٦) الجزية بالكسر خراج الأرض وما يؤخذ من الذمي . القاموس المحيط باب الواو والياء فصل الجيم (٣١٤/٤) . واصطلاحًا : اسم لما يؤخذ من أهل الذمة لأنها تعصمهم من القتل وقيل ليست مأخوذة في مقابلة الكفر ولها التقرير عليه بل هي نوع إذلال لهم ومعونة لنا ، وربما يحملهم ذلك على الإسلام مع مخالطة المسلمين الداعية إلى معرفة محاسن الإسلام . والأصل فيها قوله تعالى : ﴿ قَٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ ٱلْحَقِّ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ﴾ .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) عن بشير بن يسار عن رسول بن أبي حتمة ، قال قَسَمَ رسولُ اللهِ ، ﷺ خيبرَ نصفين نِصْفًا لِنوائِبِهِ وَحوائِجِهِ ، ونِصفًا بَيْنَ المسلمينَ قسَمَها عَلى ثمانيةَ عَشَرَ سَهْمًا . راجع نيل الأوطار (١٣/٨) .

(٩) في (ن) : [الكمية] وفي (م) ، (ع) الكيفية وكلاهما خطأ ، والكتيبة حصن من حصون خيبر لما قسمت خيبر كان القسم على نطأة والشق والكتيبة ، فكانت نطأة والشق في سهام المسلمين ، وكانت الكتيبة خمس الله وسهم النبي ﷺ . راجع معجم البلدان لياقوت الحموي (٤ / ٤٣٧) ، ط دار صادر للطباعة والنشر . بيروت ومغازى الواقدى (٢ / ٦٩٣) .

سهام المسلمين من الشَّقِّ [١] ، وَالنَّطَأَة [٢] ، ولم يقسم الأراضي [٣] وإنما جعل لهم سهامًا من الأوسق ، وهذا لا ينفى أن تكون طعمة اليهود فيها ، يدل على [ذلك] [٤] ما ذكر الواقدي [٥] : أن عمر ﷺ لما أجلاهم خرج إليها ومعه القسام ، وقسمها بين المسلمين [٦] ، ولو كانت القسمة سبقت لم يكن للقسمة الثانية معنى ، يُبَيِّن صحة ما ذكرنا : أن النبي ﷺ انفرد بالكتيبة ، وجعل سهام المسلمين في الشَّقِّ والنَّطَأَة [٧] ولم ينقل أنه استأذنهم في عقد ، ولا يجوز أن يعقد على أملاكهم عقد معاملة بغير إذنهم .

١٧٣٣٥ - ويجوز أن يعقد الجزية لهم بغير إذنهم [٨] .

١٧٣٣٦ - فدل أن هذا العقد كان على أن جعل عملهم جزية عليهم ، وهذا لا يقف على إذن المسلمين ، فكان حمل العقد على ذلك أولى . ثم هذه الأخبار لو دلت

---

(١) الشَّقُّ بالفتح عن الزمخشري ويروى بالكسر من حصون خيبر معجم البلدان (٣٥٥/٣) ، والمغازى (٦٨٠/٢) .

(٢) النطأة : بالفتح ، قيل : اسم لأرض خيبر ، وقال الزمخشري : نطاة حصن من حصون خيبر ، وهو الذي يناسب المعنى هنا . البلدان (٢٩١/٤) .

(٣) أراد المصنف بما سبق القول بأن أراضي خيبر لم تقسم ، وإنما قسم ما حصل عليه المسلمون من غنائم وأموال غير الأرض ، أما الأرض فقد كان يقسم ما يخرج منها وليس عينها . قال الواقدى : الشَّقُّ والنَّطَاة والكتيبة حصون من حصون خيبر ، جمع فيها رسول الله ما غنم المسلمون ، ثم جعل لنفسه الكتيبة خاصة ، وقسم بين المسلمين النطاة والشق . راجع المغازى (٦٨٠/٢ ، ٦٩٣) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) محمد بن عمر بن واقد السهمي الأسلمي بالولاء الواقدي أبو عبد الله محدث حافظ ، مؤرخ ، أديب ، مفسر ، ولد بالمدينة ، وسمع من مالك بن أنس وسفيان الثوري ، وانتقل إلى العراق ، وولي قضاء الجانب الشرقي من بغداد ، من تصانيفه : تاريخ الفقهاء ، السنة والجماعة ، ذم الهوى ، ترك الخوارج في الفتن ، تفسير القرآن ، المغازى وغيرها . توفي سنة ٢٠٧ هـ . راجع : تاريخ بغداد (٣/٣ - ٢١ ، ١٩٦) الفهرست لابن النديم (٩٨/١ ، ٩٩) ط طهران ، وفيات الأعيان (٣٢٨/٤ ، ٦٤١) ، البداية والنهاية (٢٦١/١٠) ، شذرات الذهب (٦٩/١) ، ميزان الاعتدال (١١٠/٣ ، ١١١) ، جمهرة الأمثال (١٧/١) ط المؤسسة العربية .

(٦) انظر المغازى (٧١٨/٢) ، وسمى القُسّام وهم أربعة فروة بن عمر البياضي ، حباب بن صخر السلمي ، وأبو الهيثم التيهان ، زيد بن ثابت .

(٧) في (ع) : [العطاء] وهو خطأ .

(٨) من المعلوم أن الجزية نوعان صلحية وهي التي يصالح عليها الإمام أهل البلد المفتوح ، ومقدارها حسب ما يتفق عليه . وهي كتلك التي صالح عليها رسول الله أهل نجران على ألف ومائتي حلة . وجزية عنوية يضعها الإمام من غير رضاهم ، وهذه تختلف في تقديرها بين الغني والفقير فهي على الغني ثمانية وأربعين درهما ، وعلى الفقير المعتمل اثنا عشر درهما وعلى الوسط أربعة وعشرين درهما وهذا النوع ما قصده المصنف . راجع البدائع (١١١/٧) .

على جواز العقد كان خبر رافع بن خديج مستأخرا عنها فالرجوع إليه أولى (١).

١٧٣٣٧ - واحتجاجهم بالإجماع (٢) لا يصح ، لأن أبا بكر وعمر ﷺ أقرّا على فعل رسول الله ﷺ ولم يستأنفا عقدًا (٣) وقد بينا أنه لا دلالة في فعله لاحتماله (٤).

١٧٣٣٨ - ومن روي عنه أنه كان يعامل بالمدينة (٥) فقوله معارض بقول (٦) رافع بن خديج وبما روي أن ابن عمر ﷺ لما سمع حديث رافع بن خديج انثنى (٧) عنها وتركها (٨).

١٧٣٣٩ - قالوا : عين يتوصل إلى نمائها بالعمل عليها ، فإذا لم يمكن (٩) إجارتها

---

(١) لأنه يكون ناسخا لما تقدم .

(٢) الإجماع لغة : يطلق على معنيين - العزم ، والاتفاق . فمن الأول : قوله تعالى : ﴿ فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ ﴾ [يونس : ٧١] أي اعزموا ، ومن الثاني قولهم أجمعوا على كذا ، أي اتفقوا عليه .
وفي الاصطلاح : اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد ﷺ على أمر من الأمور في عصر من العصور .
راجع القاموس المحيط باب العين فصل الجيم (١٥/٣) والمحصول (٣/٢) ، نهاية السول وشرح البدخشي (٢٧٣/٢) ، ط صبيح ، والوجيز في أصول الفقه (٦١) ، ط المكتب الثقافي للنشر والتوزيع . وقد احتج الشافعية على جواز المساقاة بالإجماع ، ثم اختلفوا في تفسيره ، هل هو إجماع الصحابة الحاصل من تقرير أبو بكر ، وإقرار عمر صدرًا من إمارته بعد فعل الرسول ، أم إجماع من بعدهم أيضًا ؟ وكلام المصنف هنا ينصب على الأول ، وهو إجماع الصحابة فقط ، وإن قصد الشافعية إجماع التابعين ومن بعدهم فهو لا يستقيم أيضًا ، لأن الإجماع كما سبق اتفاق أهل الحل والعقد ولا ينعقد الإجماع مع ثبوت المخالفة .
راجع استدلال الشافعية بالإجماع في مغني المحتاج (٣٢٢/٢) ، نهاية المحتاج (٢٤٤/٥) ، البجرمي على الخطيب (١٦٦/٣) .

(٣) في (ع) : [عقد] وهو خطأ .

(٤) أي احتمال كونه عقد جزية ، أو أن الدفع كان على سبيل الطعمة كما سبق .

(٥) في نيل الأوطار : قال البخاري ، عن قيس بن مسلم ، عن أبي جعفر قال : ما بالمدينة أهل بيت هجرة إلا يزرعون على الثلث والربع ، وزارع عَلّي ﷺ وسعد بن مالك وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر ، وآل علي وآل عمر قال : وعامل عُمَر الناس على إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا « نيل الأوطار (٢٧٢/٣) ، والخبر وإن كان واردًا في المزارعة فقد علمت أن المزارعة والمساقاة مخابرة عند أبي حنيفة فالكلام فيهما واحد .

(٦) في (م) ، (ع) : [لقول] . (٧) في (ن) : [انتهى] .

(٨) أخرج مسلم في صحيحه عن ابن عمر ، قال : « كُنَّا لاَ نَرَى بِالْخَبْرِ بَأْسًا ، حَتَّى كَانَ عَامُ أَوَّل ، فَزَعَمَ رَافِع أَنَّ نَبِيَّ اللَّهِ ﷺ نَهى عنها فَتَرَكْنَاهُ مِنْ أَجْلِهِ . مسلم بيوع (١١٧٩/٣) ، ونحوه عند النسائي ، باب النهي عن كراء الأرض (٤٩/٧) وابن ماجه في الرهون ، باب في المزارعة (٨١٩/٢) ، مسند أحمد (١١/٢) ، وأبو داود (٦٨٧/٣) .

(٩) في (م) ، (ع) : [يكن] .

جاز العقد عليها ببعض نمائها كالأثمان [١] .

١٧٣٤٠ - قلنا : الوصف غير مُسَلَّم ؛ لأن الأثمان تجوز إجارتها عندنا للرهن ولتعيّر بها الموازين [٢] ، ويبطل بالحنطة والشعير ، لأن إجارتها على قولهم لا تجوز ، ولا يجوز العقد عليها مضاربة ، لأن المضاربة نوع شركة ، والشركة يعتبر فيها أن يعلم السهم [٣] المستحق دون غيره ، والمساقاة نوع إجارة بدلالة اشتراط المدة فيها ، والإجارات يعتبر فيها العلم بمقدار الأجرة ، فإذا جمعت جهالة المقدار وتعلقها بمعدوم [٤] وخطر [٥] لم يصح [٦] .

١٧٣٤١ - قالوا : الغرر [٧] في المضاربة أكثر من المساقاة بدلالة أن النخل في الغالب يحمل والربح يجوز ويجوز أن لا يوجد ، فإذا جازت المضاربة فالمساقاة أولى [٨] .

١٧٣٤٢ - قلنا : الغالب وجود كل واحد من الأمرين [٩] والخطر موجود فيهما جميعا إلا أن أحدهما شركة [١٠] والشركة لا يؤثر فيها الأخطار والجهالة ، والآخر [١١] إجارة فيؤثر ذلك فيها . يُبَين الفرقَ بينهما أن صاحب « العمل » [١٢] شرط بعض ماله في مقابلة العمل كما شرط في الإجارة ، وصاحب المال [١٣] لم يشترط بعض ماله وإنما شرط بعض

---

(١) راجع : نهاية المحتاج (٢٤٥/٥) ، فتح العزيز (١٠٠/١٢ ، ١٠١) ، والمهذب (٥٠٥/١) .

(٢) في (ن) : [السهر] وهو خطأ ، والمراد به نصيب العامل .

(٣) إنما كان مقدار الأجرة في المساقاة مجهولًا لأنه يقدر بالجزء كالربع والثلث ونحوه ، ومعرفة قدره يتوقف على معرفة مقدار الناتج وهو لم يحصل بعد .

(٤) في (ن) : [معلوم] وهو خطأ والمراد الثمرة .

(٥) لأن الثمرة قد تسلم فيسلم المشروط وقد لا تسلم .

(٦) الحق أن كل هذه المعاني التي استدل بها المصنف على بطلان المساقاة توجد في المضاربة ، لأن الربح فيها مجهول ، ومعدوم على خطر أيضًا لأن نصيب العامل مقدر بالجزء وهو لم يحصل بعد ، ولا يستحق العامل إلا بعد سلامة رأس المال ، وتحقق وجود الربح ، وقد لا يتحقق ، ومع ذلك أجمعوا على جوازها

(٧) الغرر : ما يكون مجهول العاقبة لا يدرى أيكون أم لا ، وهو منهي عنه لنهيه ﷺ عَنْ بَيعِ الْغَرَرِ وَبَيْعِ الْحَصَاةِ » ويأتي تخريج الحديث . راجع التعريفات ص (١٤١) .

(٨) قال في فتح العزيز : وقد يقيس الأصحاب المساقاة على القراض في الحجاج معه - فتح العزيز (١٠١/١٢) .

(٩) يقصد الربح والثمرة .

(١٠) أي المضاربة .

(١١) المساقاة .

(١٢) في (ن) : [الحلّ] وهو خطأ ، لأن المراد به صاحب البستان .

(١٣) هو رب المال في المضاربة .

ما يتحصل للمضارب بتصرفه [١] ، وضمانه [٢] ، كما يشرط في الشركة [٣] ألا ترى أن الثمرة يجوز أن توجد بلا سقى [٤] ولا عمل والربح لا يوجد إلا بالعمل ! .

١٧٣٤٣ - فدل على أن [٥] رب المال لم يشترط للمضارب بعض ماله ، والمساقي [٦] شرط بعض ماله . كما شرط في المعاوضات .

١٧٣٤٤ - قال ابن أبي هريرة [٧] أجمعت الصحابة ﷺ على صحة المضاربة والإجماع لا ينعقد إلا عن دليل [٨] .

١٧٣٤٥ - والدليل توقيفٌ عن النبي ﷺ أو قياسٌ [٩] ، وليس مع الصحابة توقيف علي جوازها ، فثبت أنهم أجازوها قياسا ، ولابد للقياس من أصل [١٠] ، وليس للمضاربة أصل إلا المساقاة ، فثبت أنهم جوزوا المضاربة قياسًا على المساقاة ، فإذا جاز الفرع فالأصل أولى بالجواز [١١] .

١٧٣٤٦ - وهذا غلط ظاهر ؛ لأن الأمة أجمعت على جواز المضاربة ، وما أجمع

---

(١) أي المضارب .

(٢) أي رب المال لأن العامل أمين في المضاربة لا يضمن من غير تفريط .

(٣) في (م) ، (ع) : [كما شرط في الشرك] .

(٤) في (ن) : [بلا شيء] . (٥) ساقطة من (ن) .

(٦) في (ن) : [المسافر] وهو خطأ .

(٧) في (م) ، (ع) : [وبرة] وهو خطأ وقد سبقت ترجمته .

(٨) اختلف الأصوليون حول انعقاد الإجماع لا عن دليل ، فالجمهور منهم وهو ما رجحه الرازى في المحصول ، والآمدي في الأحكام على أنه لا ينعقد إلا عن دليل من نص أو قياس ، ذهب البعض إلى أنه يجوز أن ينعقد الإجماع عن توفيق لا توقيف ، بأن يوفقوا إلى الحكم الصحيح ، راجع المحصول (٨٨/٢) ، الأحكام للآمدي (٣٧٤/٢) طدار الحديث . نهاية السول (٣١٠/٢) .

(٩) القياس في اللغة التقدير والمساواة ، فقاس على غيره ، أي سواه به . وقاس الثوب بالمتر قدره به . واصطلاحًا : رد فرع إلى أصل بعلة جامعة . أو إثبات حكم الأصل في الفرع لاجتماعهما في علة الحكم . راجع القاموس المحيط باب السين فصل القاف (٢٥٣/٢) ، شرح الكوكب المنير لابن النجار (٦/٤) ط جامعة أم القرى ، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، المعتمد في أصول الفقه للبصري المعتزلي (٤٤٣/٢) ط الكتب العلمية بيروت . وقد اختلف القائلون باشتراط المستند لصحة الإجماع في جواز كون المستند في الصلاة في حياة النبي ﷺ فأجمعوا على صحة خلافته . راجع المحصول (٨٩/٢) .

(١٠) سمي الأصل في القياس بالمقيس عليه والفرع بالمقيس .

(١١) راجع الحاوي (١٠٥) وهو بنصه في تكملة المجموع الثانية (٤٠٤/١٤) .

عليه هو الأصل ، وما اختلف فيه فهو الفرع [١] ، وكيف يقال إنهم أخذوا المجمع عليه [٢] من المختلف فيه [٣] .

١٧٣٤٧ – وقوله : إنه لا توقيف مع الصحابة على المضاربة غلط ؛ لأن النبي ﷺ يجوز أن يكون بيَّنَ لهم ذلك فاكتفوا بالإجماع على [٤] نقل الطريق الذي انعقد الإجماع عنه / [٥] ، ويجوز أن يكون [٦] لجوازها طريق ثالث ، وهو [٧] إقرار النبي ﷺ لأهل عصره عليها كما أقرهم على سائر العقود ، وانعقد الإجماع على هذا التقرير ، ولو وجب ما قالوا [٨] لجاز أن يكوْنوا قاسوها على الشركة [٩] .

١٩٧/أ

١٧٣٤٨ – لأن [١٠] شركة العنان [١١] يجوز [١٢] بالمال من الجهتين [١٣] ، وشركة الوجوه [١٤] تجوز بالعمل من الجهتين ، والمضاربة يجتمع فيها الأمران فجوزوها اعتبارًا بالأصلين ، فهذا أجاز أن يوجد ما أجمع [١٥] عليه مما اختلف فيه [١٦] .

---

(١) الفرع خلاف الأصل وهو اسم لشيء يبنى عليه غيره . التعريفات (١٤٥) .
(٢) المضاربة .
(٣) المساقاة .
(٤) كذا بالنسخ [ولعلها] [عن] .
(٥) توقيفًا كان أو قياسًا .
(٦) في (ن) : زيادة [بين لهم ذلك] وهي تفسد المعنى .
(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٨) أي كون الإجماع على صحة المضاربة مستندًا على القياس .
(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الشركة] .
(١٠) في (م) ، (ع) : [لا] وهو خطأ .
(١١) سبق تعريفها .
(١٢) في (ن) ، (م) ، (ع) : [لجوازها] وهو خطأ .
(١٣) في (ن) : [الجانبين] .
(١٤) شركة الوجوه . هي أن يشترك اثنان فيما يشتريانه بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثًا أو أرباعًا أو نحو ذلك ، ويبيعان ذلك ، فما قسم الله تعالى فهو بينهما . وسميت بذلك لأنها على الجواز فجوزها الإمام أبو حنيفة بشرط ذكر الوقت أو المال أو صنف من الثياب ، واشترط الإمامان مالك والشافعي لجوازها استيفاء شرائط الوكالة ، وأجازها الحنابلة مطلقًا كشركة العنان ومعهم محمد بن الحسن ، وابن المنذر ، والثوري . راجع : البدائع (٢٥٧/٦) ، المدونة (٤٠/٥) ، المهذب (٤٥٦/١) ، المغني (١٥/٥) .
(١٥) في (ن) : [جمع] ، في (م) ، (ع) [اجتمع] .
(١٦) المراد بما أُجمِع عليه المضاربة ، وما اختلف فيه الشركة . لأنه تَبيَّنَ مما سبق أنهم اختلفوا في حكم شركة الوجوه حيث تبطل عند الأحناف والمالكية والشافعية إن خلت عن الشروط التي ذكروها ، بينما لا تبطل عند الحنابلة ومن وافقهم .

١٧٣٤٩ - ثم كيف تكون المساقاة أصل المضاربة والتوقيت شرط في المساقاة ، وعند مخالفنا التوقيت يبطل المضاربة [١] ، وعندنا : إن جاز فيها فليس من شرائطها [٢] ، ورأس المال في أحدهما [٣] يجوز إخراجه من الملك والنخيل [٤] في المساقاة لا [٥] يجوز إخراجها من الملك ، والمضاربة لا تجوز بالعروض ، والمساقاة لا تقع إلا على العروض [٦] ، والمضاربة شرط للمضارب بعض الفاضل عن رأس المال ، فلو شرط أن الربح ورأس المال بينهما كان باطلًا ، والمساقاة [٧] إذا كان [منها] [٨] مزارعة فمن شرطها قسمة الخارج .

١٧٣٥٠ - فإن شرط المقاسمة فيما زاد على البدل كان باطلًا ، وكيف يكون أحد العقدين [٩] مثل الآخر ، وعندهم المساقاة من العقود اللازمة والإجارة والمضاربة من العقود الجائزة . [١٠] ، ولو أخذتم أحد العقدين من الآخر لاستويا [١١] في اللزوم ، أو في الجواز [١٢] .

١٧٣٥١ - ثم قال الشافعي : في الجديد لا تجوز المساقاة على غير النخل والكرم [١٣] .

١٧٣٥٢ - فإن كان لأن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر على ذلك ؛ فقد أجمع أهل النقل على أنه لم يكن بخيبر كروم ، وإن جوزوا [١٤] الكرم قياسًا على النخل فكان يجب أن يجوزوا جميع الشجر قياسًا على النخل [١٥] ثم منع المزارعة في الأرض ، إذا

---

(١) سبقت هذه المسألة في المضاربة .

(٢) أي التوقيت ، وهذا المذهب وهو مخالف ما سبق عند المصنف ؛ حيث افترض اعتراضًا يشعر بأن الأحناف يشترطون تأقيت المساقاة حيث قال : « فإن قيل : إذا أجمعنا على أن المساقاة لا تجوز إلا بمدة معلومة .. » وقد سبق الإشارة إليه . راجع البدائع (١٨٦/٦) ، وحاشية ابن عابدين (٢٨٦/٦) .

(٣) وهي المضاربة .

(٤) معنى ذلك : أن الضارب قد يخسر ، فيخرج رأس المال عن ملك صاحبه ، خلافًا للنخيل .

(٥) في (م) ، (ع) : [ولا] .

(٦) لأن المساقاة معاملة على الشجر .

(٧) لأن رأس المال خالص لربه ، والعامل إنما يستحق من الربح لا من رأس المال .

(٨) ساقطة من (ن) .

(٩) في (م) ، (ع) : [العوضين] .

(١٠) راجع : المهذب (٥٠٩/١ ، ٥١٤ ، ٥٢٤) ، مغني المحتاج (٣١٩/٢ ، ٣٢٩ ، ٣٥٥) .

(١١) في (م) ، (ع) : [لا يستويا] وهو خطأ .

(١٢) المراد بالعقد اللازم : هو العقد الذي ليس لأحد العاقدين أن يفسخه العقد من غير إذن الآخر ، والجائز يكون لأي منهما الفسخ فيه من غير إذن صاحبه .

(١٣) راجع : الأم (٢٣٨/٣) ، مختصر المزني (٧٠/٣) .

(١٤) في (ن) : [جوز] .

(١٥) إنما فرق الشافعي بينهما وبين سائر الشجر بقوله : لأن رسول الله أخذ فيهما بالخرص ، وساقى على =

لم تكن بين النخل [١] فإن كان المرجع إلى معاملة خيبر [٢] فقد عاملهم رسول الله ﷺ على ما فيها من نخل وزرع ، ونحن نعلم أن خيبر كسائر البلاد .

١٧٣٥٣ - ولا تخلو من أرض بيضاء [أو من أرض] [٣] فيها نخل يمكن أن ينفرد بسقي النخل عن سقي الأرض ، وقد جوز النبي ﷺ المعاملة في جميع ذلك ، ولم يستثن شيئًا منه .

١٧٣٥٤ - فكان يجب أن تكون المزارعة في الجميع كما قال أبو يوسف ومحمد [٤] رحمهما الله أو يبطلها في الجميع كما قال أبو حنيفة ﷺ .

١٧٣٥٥ - [قلنا : يبطل بنصيب العامل في المساقاة ، أن المعاوضة تناولت الثمرة وهي معلومة وليست مملوكة .

١٧٣٥٦ - قالوا : ليست معلومة] [٥] .

١٧٣٥٧ - قلنا : وكذلك مقدار خدمة العبد (في الشهر غير معلومة) [٦] [القدر] [٧] والمعنى في المبيع أنه [٨] موجود « بمعاوض [٩] » عنه ، فكان مملوكًا ، والمنفعة « معدومة » [١٠] [في الشهر] [١١] فلم تملك وإن تناولها العقد كسهم العامل من النخل [١٢] .

= النخل وثمرها مجتمع لا حائل دونه ، وليس هكذا شيء من الثمر ، لأن دونه حائل وهو متفرق غير مجتمع راجع الأم (٣٣٨/٣) ، مختصر المزني (٧٠/٣) ، ثم زاد أصحاب الشافعي استدلالًا وتفريقًا بين الكرم والنخل وغيرهما . أن النخل والعنب يخالفان سائر الشجر في أربعة أمور : الزكاة والخرص وبيع العرايا والمساقاه . البجرمي على الخطيب (١٦٦/٣) .

(١) راجع الأم والمختصر في الموضعين السابقين . والمهذب (٥١٦/١) ومغني المحتاج (٣٢٤/٢) ، ونهاية المحتاج (٢٤٨/٥) .

(٢) بل رجع أصحاب الشافعي ذلك إلى أن البياض القليل بين الشجر لا يمكن أن يفرد بالمعاملة عليه فجوز للضرورة تبعًا لعقد المساقاة خلافًا للبياض الكثير ، فلا حاجة إلى تعدية الحكم إليه ، لأنه يمكن أن يزرع منفردًا . راجع (٥١٦/١) ، فتح العزيز (١٠٩/١٢) .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) من المعلوم أن القديم للشافعي يوافق قولهما .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) . قولهم : « إن الثمرة ليست معلومة لأنها لم تخلق بعد وإنما المعلوم هو الجزء المشروط ، أي القدر ، كالثلث ونحوه ، وليست الثمرة بدليل أنها قد لا تخرج . راجع المهذب (٥١٣/٥) .

(٦) ما بين القوسين مكرر في (ن) .

(٧ ، ٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) في (ن) : [يعارض] .

(١٠) في (م) : [مملوكة] .

(١١) ساقطة من (ن) .

(١٢) نصيب العامل في المساقاة وإن كان محددًا بالجزء إلا أنه لا يملك إلا بتحقق الوجود لأنه قد لا يحمل النخل ، فلا يستحق العامل .

١٧٣٥٨ - قالوا : الملك ليس بإشارة إلى العين [١] وإنما هو [٢] عبارة عن حكم ؛ لأن الملك هو التصرف في العين [٣] . بدلالة أن المولى يملك التصرف [٤] في العين والتصرف في المنافع فدل أنها ملكه [٥] .

* * *

(١) في (ص) ، (ن) : [عين] .

(٢) في (ن) ، (م) ، (ع) : [هي] .

(٣) قال ابن قدامة : الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلة كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين ، فلما أجرها صار المستأجر مالكًا للتصرف فيها كما يملكه المؤجر . المغني (٥ / ٤٤٣) .

(٤) في (م) ، (ع) : [بتصرف] .

(٥) في (م) ، (ع) : [ملكه] وهو خطأ .

موسوعة

القواعد الفقهية المقارنة

المسماة

التجريد

كتاب الإجارة

مسألة (١) ٨٦٣

فسخ عقد الإجارة بالعذر

١٧٣٥٩ - قال أصحابنا : الإجارة تنفسخ بالعذر (٢) ، ويستوي في الفسخ عذر المؤجر وعذر المستأجر وإن اختلفا في كيفية الإعذار (٣) .

(١) الإجارة لغة : اسم للأجرة ثم اشتهرت في العقد على وجه المجاز المرسل وعلاقته الجزئية ، تقول : آجره الله أجرًا وآجره بالمد إذا أثابه ، وأجرت الدار والعبد باللغات الثلاث . قال الزمخشري : وأجرت الدار على أفعلت فأنا مؤجر ولا يقال : مؤاجرة فهو خطأ ، ويقال : آجرته مؤاجرة مثل عاملته وعاقدته معاقدة . راجع المصباح المنير (٥ ، ٦) ، مختار الصحاح (١٧ ،) القاموس المحيط باب الراء فصل الهمزة (٣٧٩/١) .
وفي الشرع : عرفها الأحناف بأنها : عقد على المنافع بعوض . أو تمليك منفعة بعوض ، أو عقد على منفعة معلومة لا لاستباحة البضع بعوض معلوم . راجع : اللباب [٢/ ٨٨] ، تبيين الحقائق [٣٢٤/٧] ، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق [٣٢٤/٧] حاشية ابن عابدين [٣/٦] . ومن الشافعية عرفها الرملي بمثل تعريف الأحناف ، فقال : هي تمليك منفعة بعوض بالشروط الآتية : منها علم عوضها ، وقبولها للبذل والإباحة ؛ فخرج بالأخير نحو منفعة البضع على أن الزوج لم يملكها وإنما ملك أن ينتفع بها ، وبالعلم : المساقاة والجعالة ، لأنهما على عمل مجهول ، فلا يشترط في الأول علم العوض وإن أمكن أن يكون معلومًا كأن ساقاه على ثمرة موجودة وقد تقع الثانية على عمل معلوم . راجع نهاية المحتاج (٢٦١/٥) . المالكية عرفها الدسوقي بقوله : تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض . راجع حاشية الدسوقي علي الشرح الكبير [٤/ ٢] ط عيسى الحلبي . رابعًا : الحنابلة : عرفها المرادي بقوله : بذل عوض معلوم في منفعة معلومة مباحة مدة معلومة من عين معينة أو موصوفة في الذمة أو في عمل معلوم . الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (٦ / ٣) ط السنة المحمدية . والإجارة جائزة بإجماع العلماء ، والأدلة على مشروعيتها قبل الإجماع الكتاب والسنة ، فمن الكتاب : قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] . ومن السنة : ما روى عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال : « قال اللهُ ﷻ ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ : رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ ، ورَجُل اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُوَفِهِ أَجْرَهُ » . رواه البخاري وأحمد ويأتي تخريجه . وقد أجمع على جوازها أهل العلم ولم ينكر ذلك أحد في العصور كلها إلا ما حكى عن عبد الرحمن بن الأصم أنه غرر لأنه عقد على منافع لم تخلق .
(٢) اتفق الفقهاء على انفساخ الإجارة بالعيب المخل بالانتفاع على الوجه الذي أوجبه العقد ، لا خلاف بينهم في ذلك وإنما الخلاف في حدوث عذر لا يتعلق بالعين التي تستوفي منافعها بحكم العقد ، وإنما هو عذر من قبل أحد العاقدين هل يكون مسوغًا لفسخ الإجارة كالعيب أو لا ؟ هذا هو محل النزاع كما سيأتي .
(٣) المراد بالعذر الذي يسوغ فسخ الإجارة : هو عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، وبعد اتفاق المذهب الحنفي على أن العذر يسوغ فسخ عقد الإجارة اختلفت كلمة علماء هذا =

١٧٣٦٠ - وقال الشافعي : لا يفسخ [١] إلا بعيب [٢] .

١٧٣٦١ - لنا : حديث أبي سعيد [٣] ﷺ أن النبي ﷺ قال « لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ ، مَنْ ضَارَّ ضَارَّهُ [٤] اللّهُ ، وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ [٥] اللّه عَلَيْهِ » [٦] وَلَوْ بَقَّيْنَا الإجارة مع

= المذهب في الفسخ ، هل يحتاج إلى حكم قاض ، أو أن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه بحدوث العذر ؟ فالمروى عن محمد : أن العذر يجعل الإجارة منفسخة من غير حاجة إلى حكم قاض ، وروي عن البعض اشتراط حكم القاضي لفسخها ؛ لأنها راجعة إلى الاجتهاد كالرجوع في الهبة ، وفصل البعض الآخر فقال : تنفسخ بالعذر الظاهر من غير حكم ، وفي غير الظاهر يشترط فيه الحكم من القاضي ، وقد أفاضت كتب المذهب في بيان الأعذار التي تجوز فسخ عقد الإجارة . البدائع (١٩٦/٤) ، وما بعدها ، تبيين الحقائق (١٤٥/٥ ، ١٤٦) ، حاشية ابن عابدين (٨١/٦) ، ورأس المسألة في مختصر القدورى واللباب (١٠٥/٢) .

(١) وافق الإمام الشافعي المالكية والحنابلة كما جاء في : المهذب (٥٣٠/١) ، مغني المحتاج (٣٥٥/٢) ، البجرمي على الخطيب (١٧٩/٣) ، نهاية المحتاج (٣١٦/٥) ، بداية المجتهد (١٧٣/٢) ، المغني (٤٤٨/٥) الروض المربع (٢١٧) .

(٢) العيب - ما يؤثر في المنفعة تأثيرًا يظهر به تفاوت في الأجرة لا في القيمة ؛ لأن مورد العقد المنفعة . راجع أسنى المطالب (٤٢٣/٢) ط دار الكتب . وقد جاء في نهاية المحتاج ما يبين الفرق بين العيب والعذر حيث قال : « ولا تنفسخ بعذر في غير المعقود عليه لمؤجر أو مستأجر ، فالأول : كمريض مؤجر دابة عجز عن خروجه معها ؛ إذ هو من أعمال الإجارة حيث كانت الدابة غير معينة . والثاني : « كتعذر وقود حمام على مستأجر والوقود بفتح الواو : ما يوقد به من حطب غيره ، وبضمه : مصدر وقدت النار (وَسفرٍ) بفتح الفاء عرض للمستأجر دار بسكنها ، كما وقع للسبكي في أنه لابد للمسافر من رفقة وهم السفر أي المسافرون إذا تعذر لم يستطع خروجهم وكعروض مرض مستأجر دابة لسفر عليها ، والمعنى في الجميع : أنه لا خلل في المعقود عليه والاستنابة في كل منهما ممكنة ، ومحل عدم الانفساخ في غير العذر الشرعي أما هو كمن استأجر شخصًا لقلع سن مؤلمة فزال الألم ؛ فإن الإجارة تنفسخ لتعذر قلعها حينئذ بالشرع . مغني المحتاج (٣٥٥/٢) ويفهم من النص السابق أن مسوغات الفسخ عند الشافعية هي :

أ - العيب : وهو الخلل الحادث في المعقود عليه نفسه كموت الدابة أو انهدام الدار المؤجرة .

ب - العذر الشرعي : كما هو الحال في السن المؤلمة إذا سكن الوجع حرم القلع شرعًا .

(٣) أبو سعيد الخدري : سعد بن مالك بن سنان بن عبيد بن ثعلبة . استصغر بأحد واستشهد أبوه فيها وغزا هو ما بعدها ، روى عن النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت وغيرهم ، وعنه : ابن عباس وابن عمر وجابر وغيرهم ، له ١١٧٠ حديثًا اتفق منها على ٤٦ توفي سنة ٧٤ هـ ودفن بالبقيع . راجع الإصابة (٨٠/٣) ، أسد الغابة (٣٦٥/٢) ، الاستيعاب (٦٩٠/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ضره] وكلاهما رواية للحديث .

(٥) في (م) ، (ع) : [شق] وكلاهما رواية أيضًا .

(٦) هذا الحديث تلقاه الفقهاء بمثابة قاعدة شرعية فرعوا عليها ما لا يحصى من الفروع الفقهية ، وقد أخرج الحديث من حديث أبي سعيد البيهقي : في سننه وقال : تفرد به محمد عن الداوردى ، راجع السنن الكبرى (٩٦/٦) ، =

الفلس [١] ومع لزوم الدين للمؤجر كان إضرارًا به ، وهذا لا يصح ، ولأن كل عقد تناول [٢] المنفعة جاز فسخه لعذر غير العيب كالعارية [٣] . وكمن قال : إن خِطْتَهُ اليوم فلك درهم [٤] .

١٧٣٦٢ – فإن قيل : المعنى فيه أنه غير لازم ، لم نسلم ذلك في مسألة الخياطة ، ثم الإجارة عندنا عقد لازم ما لم تحدث الأعذار ، فلا نسلم لزومها مع ذلك .

١٧٣٦٣ – ولأنه أحد متعاقدي الإجارة ؛ فجاز أن يثبت الخيار في فسخها بسبب فاسد : أصله : المستأجر إذا أفلس بالأجرة عندهم [٥] .

١٧٣٦٤ – وعلى أصلنا : إذا أفلس فلم يتمكن من الانتفاع بالدكان ، ولأنه لا يمكنه استيفاء المعقود [٦] عليه إلا بضرر لم يلتزم [٧] بالعقد فلا يلزمه الوفاء به .

= والدارقطني (٧٧/٣) رقم (٢٨٨) ، (٢٢٨/٤) مختصرًا . وللحديث طرق أخرى فقد أخرجه مالك في الموطأ عن عمر بن عيسى عن أبيه مرسلًا الموطأ (٤٧٥/٢) ، وابن ماجه من حديث « ابن عباس » ، وعبادة بن الصامت ، وقال : عن حديث عبادة . رجاله ثقات إلا أنه متقطع لأن ابن عدى لم يدرك عبادة . راجع سنن ابن ماجه ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (٧٨٤/٢) رقم ٢٣٤٠ ، ٢٣٤١ . وانظر الفروع المخرجة على الحديث في الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٥ ، السيوطي ص١١٤ .

(١) في (م) ، (ع) : [العكس] والفلس بالتحريك عدم النيل . من أفلس إذا لم يبق له مال كأنما صارت دارهمه فلوسًا أو صار بحيث يقال ليس معه فلس . القاموس باب السين فصل الفاء (٢٤٦/٢) .

(٢) في (ن) : [يتناول] .

(٣) إعارة الشيء وإعارة منه وعاوره إياه وتعور واستعار : طلبها ، واستعاره منه : طلب إعارته . القاموس المحيط باب الراء فصل العين (١٠١/٢) . واختلف الفقهاء في تعريفها شرعًا بحسب اختلاف آثارها ، فعرفها القدوري وغيره من الأحناف بأنها تمليك المنافع بغير عوض ، وعرفها الشربيني من الشافعية بأنها إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه . راجع الكتاب ، واللباب (٢٠١/٢) ، مغني المحتاج (٢٦٣/٢) .

(٤) قال في اللباب تعليقا على هذه المسألة : « وإن قال : إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غدًا فبنصف درهم ، فإن خاطه اليوم فله درهم ، وإن خاطه غدًا أو بعده فله أجر مثله عند أبي حنيفة ؛ لأن ذكر اليوم للتعجيل ، بخلاف الغد ؛ فإنه للتعليق حقيقة وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان الوقت والعمل دون اليوم ، فيصح الأول ويجب المسمى في اليوم ، ويفسد الثاني ويجب أجر المثل . راجع اللباب (٢ / ٩٨) .

(٥) قال في مغني المحتاج : « وإفلاس المستأجر مثل تسليم الأجرة ومضي المدة ؛ فإنه يوجب للمؤجر الفسخ » مغني المحتاج (٢ / ٣٥٥) . وفي اللباب : وتنفسخ الإجارة بالأعذار الموجبة ضررًا لم يستحق بالعقد ؛ « كمن استأجر دكانًا ثم أفلس ولزمته ديون » اللباب [١٠٥/٢] .

(٦) المراد بالمعقود عليه [المنفعة] .

(٧) في (م) ، (ع) : [يلزم] .

١٧٣٦٥ - أصله : إذا استأجر لقلع ضرسه فسكن الوجع [١] .

١٧٣٦٦ - ولا يقال : إذا سكن انفسخ العقد ؛ لأنه تعذر استيفاء العمل بالشرع ، فهو كما لو تعذر الاستيفاء بالهلاك لأنا [٢] عللنا لإسقاط لزوم الوفاء به وهذا مسلم .

١٧٣٦٧ - ولأنه لا يمكنه استيفاء المعقود عليه علي ما أوجبه العقد ، فكان له فسخها [٣] كما لو أبق العبد المستأجر .

١٧٣٦٨ - فإن قيل هناك [٤] تعذر الاستيفاء .

١٧٣٦٩ - [قلنا : إذا أمكن رده بجعل بدل لمن يرده لم يتعذر الاستيفاء] [٥] لكن يلحق فيه ضرر مثل مسألتنا .

١٧٣٧٠ - فإن ألزم [٦] على هذا إذا مرض مستأجر الدكان .

١٧٣٧١ - قلنا : إن كان مما لا يمكنه معه الانتفاع بالدكان ثبت الفسخ ، فإن ألزم الجمال إذا أجر [٧] إبله [وبدا له] [٨] مانع من الخروج .

١٧٣٧٢ - قلنا : خروجه مع الجمال غير مستحق [٩] .

١٧٣٧٣ - ولا يلزم إذا استأجر نعلًا ليلبسها في يوم بعينه فجاء المطر الشديد . لأن عندنا لكل واحد من صاحب النعل والمستأجر الفسخ ؛ لأن صاحب النعل يستضر [١٠] والمستأجر لا يتمكن من استيفاء المنفعة .

١٧٣٧٤ - ولأن البقاء على الإجارة في المدة موجَبٌ بها [١١] . كما أن ارتفاع العقد

---

(١) في (م) ، (ع) : [الموضع] وهذه الصورة يفسخ العقد معها باتفاق . مغني المحتاج (٣٥٥/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [لأن] .

(٣) في (م) ، (ع) : [فسخا] .

(٤) أي في حالة هرب العبد .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) في (ن) : [اللزوم] .

(٧) في (م) ، (ع) : [أجره] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) : والمراد رأي صاحب الإبل عدم خروجه مع إبله .

(٩) جاء في المبسوط : وإن عرض لصاحب الدابة مرض لا يستطيع الشخوص مع دابته لم يكن له أن ينقض الإجارة ؛ لأنه بامتناعه من الخروج لا يتعذر تسليم المعقود عليه ، فيؤمر بتسليم الدابة ، وأنه يوسل معه رسولا يتبع الدابة . وكذلك لو حبسه غريمه . وروى بشير عن أبي يوسف رحمهما الله . قال : إذا امتنع رب الدابة من الخروج فيكون هذا عذرًا وإن مرض فهو عذر له ؛ لأنه يقول غيري لا يشفق على دابتي ، ولا يقوم بتعاهدها كقيامي . راجع المبسوط (٤/١٦) .

(١٠) فرصة المسألة أن يستضر صاحب النعل إذا خرج المستأجر بالنعل في المطر ؛ لأن النعل يتلف .

(١١) أي استيفاء المنفعة .

وإزالة اليد بعد المدة موجَبٌ بها . ثم جاز أن تبقى العين في يد المستأجر للعذر إذا انقضت المدة وفي الأرض زرع ، كذلك يجوز أن يرتفع العقد في المدة [لوجود العذر [1]] [2] .

١٧٣٧٥ - ولأنه أحد موجَبَي الإيجارة ، فجاز مخالفته بعذر غير العيب ، أصله : رفع اليد بعد المدة ، ولأنه لا يتمكن من قضاء ديونه إلا من بيع المستأجر فكان له فسخ الإجارة . [أصله : إذا أخذها بعد حجر الحاكم في الدين ، ولأنه عقد يقصد به المنفعة ؛ فجاز رفعه من غير عيب] [3] ، أصله : النكاح والمضاربة .

١٧٣٧٦ - قالوا : الطلاق ليس بفسخ وإنما هو إزالة ملكه عن البضع ، كما يزول ملكه [عن العبد بالعتق] .

١٧٣٧٧ - قلنا : الطلاق رفع العقد بدلالة أنه يرجع بنصف المهر قبل الدخول . ولو كان أتلف ملكه] [4] كما يتلفه بالعتق لم يجز أن يرجع بالعوض .

١٧٣٧٨ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [5] .

١٧٣٧٩ - قلنا : المراد به الوفاء بأحكامها ، وعندنا حكم هذا العقد مع وجود العذر الفسخ ، وعندهم تبقية العقد فتساوينا .

١٧٣٨٠ - قالوا : ضرر لا يملك المكري به الفسخ فوجب أن لا يملك « المكترى » [6] بمثله الفسخ كالعين [7] .

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٢) قصد المصنف بذلك : أن العذر يؤثر في ارتفاع العقد أثناء المدة كما جاز أن يؤثر فيه بعد انقضاء المدة فيبقى العقد إذا كان في الأرض زرع فيستمر انتفاعه بالأرض مع أن عقد الإجارة قد انتهى بانتهاء وقتها . جاء في الاختيار : « وإذا استأجر أرضًا للبناء والغرس فانقضت المدة يجب عليه تسليمها فارغة كما قبضها ليتمكن من الانتفاع بها فيقلع البناء والغرس ، لأنه لا نهاية لها والرطبة كالشجر لطول بقائه في الأرض ، أما الزرع : فله نهاية معلومة فيترك بأجر المثل إلى نهايته رعاية للجانبين . الاختيار (٦٨/٢) . وقد أجاب الشيرازي عن قول المصنف السابق بقوله : « قلنا يحق أن يستحق ما لم يعقد عليه تبعًا للمعقود عليه للعذر ولا يفسخ فيما عقد ، كالمشتري يستحق ما لم يعقد عليه وهو نصيب الشريك بالشفعة ، ثم لا يفسخ البيع في بعض ما عقد عليه للحاجة .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٤) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) .

(٥) من صدر سورة المائدة . قال الماوردي بعد الاستدلال بهذه الآية : (فكان عموم هذا الأمر يوجب الوفاء بكل عقد ما لم يقم دليل يخصه) . انظر الحاوي صـ ١٥٥ .

(٦) في (م) ، (ع) : المكري والمراد به المستأجر .

(٧) كذا بالنسخ ولعل صوابها [العيب] .

١٧٣٨١ - قلنا : عندنا أن هذا العقد يفسخ من كل واحد من [جهته] [١] بالعذر وقد تساويا من هذا الوجه ، وإن كان الشيء يكون عذرا في حق أحدهما ولا يكون عذرا في جنب [٢] الآخر ألا ترى أن المبيع يرد بالإباق والرق والزنى ويرد الثمن بالعيب وإن [٣] لم يتصور فيه هذه العيوب ؟ .

١٧٣٨٢ - وقد [٤] قال مخالفنا : إن النكاح يفسخ بالقرن [٥] والرتق [٦] ولا يتصور ذلك في الفروج ، وإن كان يفسخ العقد بعينه وجنسه كذلك في مسألتنا . وأصلهم (العين) [٧] .

١٧٣٨٣ - والمعنى فيه : أنه حصل بتفريط العاقد ؛ لأنه كان يمكنه أن يتثبت في العقد ولا [٨] يعقد على وجه فيه عيب [٩] وليس كذلك الأعذار ؛ لأنها توجد ، ولا

---

(١) في النسخ : من جنسه بدل ما أثبتناه .

(٢) في (ص) ، (ن) : [جنبه] .

(٣) في (ن) : [إن] .

(٤) ساقطة من (ص) ، (ن) .

(٥) القرناء من النساء : التي في فرجها مانع يمنع ولوج الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحمه أو عظم ، يقال لذلك كله القرن . راجع اللسان (٣٦١٠/٤) (قرن) وبعض الفقهاء يجعلون كلًّا من القرن والرتق لمعنى واحد وهو انسداد الفرج ويفرقون بينهما بجعل الرتق للانسداد باللحم والقرن بالعظم . قال البجرمي : الرتق انسداد الفرج باللحم ، ويخرج البول من ثقبة صغيرة كإحليل الرجل ، القرن « انسداد الفرج بعظم على الأصح ، وقيل : بلحم ، وعليه فالرتق والقرن واحد » البجرمي على الخطيب (٣٦٣/٣ ، ٣٦٤) . والصحيح أن القرن يخالف الرتق لامتناع الترادف .

(٦) الرتق بالتحريك مصدر قولك رتقت المرأة رتقًا وهي رتقاء : بينة الرتق ، التصق ختانها فلا يستطاع جماعها . والرتقاء : المرأة المنضمة الفرج التي لا يكاد الذكر يجوز فرجها لشدة انضمامه ، وفرج أرتق : ملتزق ، وقد يكون الرتق في الإبل . اللسان : رتق (١٥٧٨/٢) . والرتق والقرن عيبان في المرأة وهما من العيوب التي اختلفت كلمة الفقهاء حول ثبوت الخيار في فسخ النكاح بعيب منها ، فيرى الأحناف عدم ثبوت الخيار للزوج مطلقًا بوجود هذه العيوب في المرأة ، وكذلك لا يثبت للمرأة الخيار في فسخ النكاح عندهم إذا كان بالزوج عيب ماعدا الجب والعنة ؛ فإنه يجوز لها بهذين العيبين المخلين للوطء الخيار ، وذلك لدفع ضرر فوات حق المرأة المستحق بالعقد ، وهو الوطء ، بخلاف العيوب التي من جانب المرأة فإن الزوج وإن كان يتضرر بها يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ؛ لأن الطلاق بيده ، فلا حاجة لثبوت الخيار له في الفسخ خلافًا للمرأة ؛ لأنها لا تملك الطلاق ، فوجب إثبات حق الفسخ لها دفعًا للضرر . وذهب الشافعية إلى إطلاق ثبوت الخيار للزوجين بوجود عيب من هذه العيوب في الجانب الآخر ، وقد اختلف المذهبان في ثبوت الفسخ ووقته وآثاره المترتبة عليه من فرقة ومهر ، وكذلك إذا كانت العيوب من كليهما . يراجع في ذلك المبسوط (٩٥/٥) ، البدائع (٣٢٢/٢) ، البجرمي على الخطيب (٣٦٣/٣) .

(٧) كذا بالنسخ ولعلها [العيب] .

(٨) في (م) ، (ع) : [فلا] .

(٩) في (ن) : [عين] .

تفريط من العاقد فيها ؛ فلذلك [1] جاز أن يثبت الخيار [2] .

١٧٣٨٤ - قالوا : عذر لا يتضمن نقصًا في المعقود عليه ، فوجب أن لا يملك به الفسخ كالمكري إذا أجر داره لينتقل [3] من البلد ، ثم بدا له [4] .

(١) في (م) ، (ع) : [فكذلك] .

(٢) قصد المصنف بذلك : أن الشافعية وقد أجازوا فسخ الإجارة بالعيب ، « وهو الخلل بالمعقود عليه ، وهو يمكن التحرر عنه بالاحتياط والتريث من العاقد والتحري من جهته ، فكان أولى أن يجوزوا الفسخ بالأعذار ؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنها ، فهي أولى بالجواز .

(٣) في (م) ، (ع) : [لينقل] .

(٤) راجع أدلة الشافعية في المسألة في المهذب (٥٣٢/١) ، مغني المحتاج (٣٥٥/٣) ، الحاوي (١٥٤) والناظر إلى أدلة الشافعية في هذه المسألة كمثل هذا الدليل وسابقه والذي يليه يشعر بأن رأي الأحناف في هذه المسألة يفرق بين المكري (المؤجر) والمكترى (المستأجر) في الفسخ بالعذر ؛ حيث أجازوا الفسخ من قبل المكتري دون المكري ، وليس هذا ما فهمه الشافعية فقط ؛ بل والحنابلة أيضًا ومما يؤكد ذلك ما قاله الماوردي : وقال عن أبي حنيفة أنه : يجوز للمستأجر فسخ الإجارة بالأعذار الظاهرة مع السلامة من العيوب ، ويجوز للمؤجر أن يفسخ بالأعذار . الحاوي (١٥٣) . وفي المغني قال ابن قدامة بعد أن نص على منع الجمهور للفسخ بالعذر من قبل المكري أو المكترى : وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز للمكتري فسخها لعذر في نفسه ، مثل أن يكتري جملًا ليحج عليه فيمرض فلا يتمكن من الخروج .. أو يكتري دكانًا فيحترق متاعه ، وما أشبهه هذا ؛ لأن العذر يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها ، فيملك به الفسخ كما لو استأجر عبدًا فأبق .. ثم يستدل للجمهور قائلًا ولأنه لو جاز فسخه لعذر المكتري لجاز لعذر المكري تسوية بين المتعاقدين ودفعًا للضرر . المغني (٤٨٨/٥) وكلامه يشعر كما يشعر كلام الشافعية بالتفريق بينهما من قبل الأحناف . وليس كذلك ؛ فإن كلام المصنف في صدر المسألة : ويستوي في ذلك عذر المؤجر والمستأجر ، ثم قوله بعد ذلك في معرض الرد على الشافعية عندنا يفسخ من كل واحد بالعذر من جهته ينفى هذا الفرق وليس هذا كلام القدورى فقط ؛ بل هو رأى المذهب في كتبهم الأصيلة . ففي البدائع بعد أن ذكر رأى المذهب وشرع في بيان الأعذار قال : « وإذا ثبت أن الإجارة تفسخ بالأعذار فلابد من بيان الأعذار المثبتة للفسخ على التفصيل فنقول وبالله التوفيق : إن العذر قد يكون من جانب المستأجر ، وقد يكون من جانب المؤجر ثم ضرب أمثلة لكل منهما . البدائع (١٩٧/٤) . وفي اللباب : وتفسخ الإجارة بالأعذار الموجبة ضررًا لم يستحق بالعقد ، وذلك كمن استأجر دكانًا في السوق ليتجر فيه ، فذهب ماله . وكمن أجر دارًا أو دكانًا ثم أفلس ولزمته ديون بعيان أو برهان . اللباب (١٠٥/٢) . وقد اتضح من خلال هذين النصين بالإضافة إلى ما ذكره المصنف أنه لا فرق بين المؤجر والمستأجر عند الأحناف ، وأن لكل واحد منهما الحق في فسخ العقد من جهته إذا وجد العذر ، ومن ثم فلا يصح أن يجعل الشافعية أحد العاقدين أصلًا يقيسون عليه الآخر ، ويبدو أن الشافعية والحنابلة إنما فهموا رأى الأحناف على هذا الوجه من خلال صورة لم يجعلها الأحناف من الأعذار المسوغة للفسخ ، فلم يجعلوا للمؤجر الحق في فسخ العقد فيها بالعذر ؛ فقد جاء في المبسوط : « وإن انهدم فنزل المؤجر ولم يكن له منزل آخر فأراد أن يسكنه لم يكن له أن ينقض الإجارة ؛ لأنه لا ضرر عليه فوق ما التزمه بالعقد فإنه يتمكن من أن يكترى منزلًا آخر . المبسوط (٣/١٦) ، ولا يخفى الفرق بين هذه الصورة =

١٧٣٨٥ - قلنا : يبطل بمن [١] استأجر ظئرًا [٢] فلم يأخذ الصبي من لبنها ، ومن استأجر عبدًا فأبق ، فعيب الإباق لا يؤثر في منافعه ؛ بدلالة : أن من استأجر عبدًا للخدمة فوُجد آبقًا لم يكن له خيار .

١٧٣٨٦ - فأما الأصل الذي ذكروه [٣] فليس بمنصوص عليه . ويجوز أن يقال : إن الدار إذا كانت لسكناه فبدا له ترك السفر فذلك [٤] عذر في الفسخ .

١٧٣٨٧ - قالوا : عقد معاوضة محضة فإذا لزم من أحد الطرفين منع اللزوم منه ، ولم يمنع من الآخر [كالبيع .

١٧٣٨٨ - قلنا : هو مع عدم الأعذار ملزم ، فإن وجد العذر من الطرفين ؛ لم يلزم ، وإن وجد من أحد الطرفين ؛ منع اللزوم منه ولم يمنع من الآخر] [٥] كالعيب الموجود من أحد الطرفين دون الآخر .

١٧٣٨٩ - ولأن البيع لا يستحق فيه العذر ما لم يعقد عليه [فلم ينقض العقد بالعذر فيما عقد عليه ، والإجارة يستحق فيها بالعذر ما لم يعقد عليه] [٦] إذا انقضت المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد ، كذلك يجوز أن ينقض بالعذر فيما عقد عليه .

١٧٣٩٠ - قالوا : كل عقد يفسخ بالعذر يفسخ من غير عذر كالشركة والوكالة [٧] .

١٧٣٩١ - قلنا : العقود إذا تناولت المنافع ضعف لزومها عن [٨] عقود الأعيان

= وما جعله الأحناف عذرًا في فسخ الإجارة ، ولذا علل السرخسي لعدم جواز الفسخ من قبل المؤجر بأنه لا ضرر يعود عليه من بقاء الإجارة ، ثم هذا نوع عذر لم يجز به الأحناف فسخ العقد ، وليس معنى هذا أنه لا يجوز للمؤجر الفسخ بكل عذر ، وقد سبق ما ينفي ذلك .

(١) في (م) ، (ع) : [من] . (٢) المرضعة ويأتي تعريفها .

(٣) يقصد قولهم [كالمكري إذا أجر داره] وقد سبق الرد عليه .

(٤) في (م) ، (ع) : [وذلك] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (ن) ، (م) ، (ع) .

(٦) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) معنى قول الشافعية هذا : أن الإجارة لو جاز فسخها بالعذر لجاز من غير عذر أيضًا ، وهذا لا يقول به أحد ؛ لأنهم يتفقون على عدم فسخها من غير عذر أو عيب وملازمة الشافعية الإجارة للشركة والوكالة بعيد ؛ لأنهما أي الشركة والوكالة من العقود الجائزة لكل واحد من العاقدين فسخهما ، خلافًا للإجارة ؛ فإنها عقد لازم ليس لأحد العاقدين فسخها من غير مسوغ على الخلاف في كونه عذرًا أو عيبًا ففارقت الإجارة الشركة والوكالة من هذا الوجه .

(٨) في (م) ، (ع) : [من] .

بدلالة النكاح ، وكذلك الإجارة تضعف في اللزوم عن البيع ، فيجوز رفعها من غير عيب كما يجوز في النكاح .

١٧٣٩٢ - قالوا : عقد لازم فلا يفسخ لمعنى في غير المعقود عليه كالمبيع [١] .

١٧٣٩٣ - قلنا : يبطل إذا استأجر ظئرًا فلم يأخذ الصبي من لبنها [٢] وإذا أسلمت المجوسية فسخ النكاح [٣] بينها وبين زوجها [٤] عندنا .

١٧٣٩٤ - وعندهم : ينفسخ العقد بمضي الحيض [٥] ، ولم يحدث بإسلامها عيب بالمعقود عليه [٦] والمعنى في البيع ما قدمناه [٧] .

* * *

---

(١) انظر قول الشافعية هذا وسابقة في النكت للشيرازي ورقة ١٦٧ .

(٢) في البدائع : وأما العذر في استئجار الظئر . فنحو أن لا يأخذ الصبي من لبنها ؛ لأنه لم يحصل بعض ما دخل تحت العقد . البدائع (٤/٢٠٠) وفي مغني المحتاج . « وإذا لم يقبل الرضيع ثديها ففي انفساخ الإجارة وجهان . مغني المحتاج (٢/٣٤٥) .

(٣) في (م) ، (ع) : [البيع] وهو خطأ .

(٤) غير المسلم ؛ لأنه لا يحل للمسلم زواج المجوسية ابتداءً وتجدر الإشارة إلى أن الفرقة بينهما ليست بنفس الإسلام عند الأحناف ، بل بعد أن يعرض من أسلم منهما الإسلام على الآخر . ففي البدائع : وإن كانا مشركين أو مجوسيين فأسلم أحدهما ، أيهما كان يعرض الإسلام على الآخر ولا تقع الفرقة بنفس الإسلام عندنا ، فإن أسلم فهما على النكاح ، وإن أبي فرق القاضي بينهما . البدائع (٢/٣٣٦) .

(٥) أي مضي العدة ، وذلك إذا كان إسلامها بعد الدخول ، والحاصل : أن الشافعية يرون في حالة إسلام المرأة دون زوجها أن تقع الفرقة بينهما بنفس الإسلام ، غير أنه إن كان قبل الدخول ؛ فإن الفرقة تحدث في الحال ، وإن كان بعد الدخول تحدث بعد انقضاء العدة خلافًا للأحناف ؛ فإن الفرقة لا تتوقف على مضي العدة . إلا أنه لا تقع الفرقة بنفس الإسلام كما سبق ، بل يعرض من أسلم منهما الإسلام على الآخر ، فإن أسلم ، وإلا فرق القاضي بينهما ، ولا اعتبار للحيض أو العدة . راجع المهذب (٢/٢٦٧) ، البدائع (٢/٣٣٦) .

(٦) لأن منافع البضع بحالها وإنما العيب أمر خارجي ترتيب عليه امتناع أثر العقد لاختلاف الدين كما هو الحال في مسألة الظئر ؛ فإن المعقود عليه بحاله وامتناع الطفل أمر خارجي .

(٧) أي أن البيع لا يجب بالعذر فيه ما لم يعقد عليه خلافًا للإجارة .

مسألة ٨٦٤

وقت وجوب الأجرة [١]

١٧٣٩٥ - قال أصحابنا : لا تجب الأجرة في الإجارة بنفس العقد ، وإنما تجب بإيفاء المنفعة ، فإن كانت المنفعة مما ينفرد بعضها عن بعض بالمنافع ؛ وجب أجر كل جزء عند استيفائه كأجرة الدار [٢] وإن كان لا ينفرد [٣] لم تجب الأجرة بإيفاء جميعها [٤] كالقصَّار [٥] والصبَّاغ [٦] وري عن محمد أنها تجب بالعقد وجوبًا مؤجلًا .

١٧٣٩٦ - [قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ : إذا أطلق العقد استحق الأجرة بالعقد] [٧] .

١٧٣٩٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [٨] .

---

(١) الإجارة لا يخلو العقد فيها من إحدى حالتين : إما أن يشترط فيه تعجيل أو تأجيل أو تنجيم الأجرة ، وإما أن يطلق العقد فلا يتعرض للأجرة بذكر ، والحالة الأولى محل اتفاق بين العلماء على أن العقد يلزم المتعاقدين بما نص فيه ، فتعجل في حاله اشتراط التعجيل ، وكذا في حاله التأجيل أو التنجيم . أما الحالة الثانية وهي حالة الإطلاق : فهي محل الخلاف ، هل تجب الأجرة فيها بالعقد أو باستيفاء المنفعة ؟ راجع الاختيار (٧٢/٢) ، اللباب (٩٦/٢) ، مغني المحتاج (٣٠٩/٢) ، بداية المجتهد (١٧٢/٢) ، المغني (٤٤٣/٥) .

(٢) هذا هو رأى الصاحبين ، وللإمام فيها قولان : أحدهما يوافق رأى الأصحاب ، والآخر وبه قال زفر : لا يستحق شيئًا حتى يفرغ من العمل ، ثم رجع الإمام عن هذا الرأي ، وقال : إنه يستحق شيئًا فشيئًا . : وكان أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ يقول في الكراء إلى مكة لا يعطى شيئًا من كرائه حتى يرجع من مكة ، وكذلك كان يقول في جميع من يحمل الحمولة على ظهره أو على دابته أو سفينته ، ثم رجع عن ذلك فقال : كل ما سار مسيرًا له من الأجر شيء معروف فله أن يأخذه بذلك . المبسوط (١٠٧/١٥ ، ١٠٨) ، والبدائع (٢٠١/٤) .

(٣) في (ن) : [وإن كانت لا تنفرد] وكلاهما صواب .

(٤) راجع الاختيار (٧٢/٢ ، ٧٣) ، البدائع (٢٠١/٤) ، البحر الرائق (٣٢٦/٧) ، ابن عابدين (١٠/٦) ، وقد وافق المالكية الأحناف في هذه المسألة . راجع بداية المجتهد (١٧٢/٢) .

(٥) في (ع) : كالقصاص وهو خطأ ، والقصار والمقصر : المجور للثياب ؛ لأنه يدقها بالقصرة التي هي القطعة من الخشب . اللسان « قصر » (٣٤٦٩/٤) . وانظر : المبسوط (١١٢/١٥) ، تبين الحقائق (١٠٦/٥) .

(٦) (الصباغ) : ما يصطبغ به من الإدام . وانظر مادة « صبغ » (٢٣٩٥/٤) .

(٧) ما بين المعكوفتين ساقط من(ب) وقد وافق الشافعيَّ الحنابلةُ . راجع الأم (١٥١/٣) . والمزني (٨١/٣) ، والمهذب (٥٢٣/١) ، وفتح العزيز (١٩٧/١٢) ، البجرمي على الخطيب (١٧٦/٣) ، ومغني المحتاج (٣٣٤/٢) ، نهاية المحتاج (٢٦٥/٥) ، والمغني (٤٤٣/٥) .

(٨) سورة الطلاق : الآية ٦ .

١٧٣٩٨ - ومن أصحابنا من يقول إن الحكم المعلق بالشرط يدل على نفي ما عداه [١] .

١٧٣٩٩ - وعلى قول الباقين [٢] / الأمر يتناول الحالة المقصودة ، وهي ابتداء [الإيجاب] [٣] فلو تقدم الوجوب على الإرضاع لأمر بدفع الأجر حين وجب . ١١/ب

١٧٤٠٠ - فإن قيل : المراد بالآية أن يذكر الإرضاع كقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ ﴾ [٤] أي يبذلوها .

١٧٤٠١ - والدليل على ذلك : قوله [٥] تعالى في سياق الآية : ﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ ﴾ [٦] وهذا لا يكون بعد الرضاع .

١٧٤٠٢ - قلنا : قوله : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ [لَكُمْ] ﴾ [٧] حقيقة [٨] تقتضي فعل الرضاع ، وحمله على البذل مجاز [٩] فلا يصار إليه إلا بدليل ، وإذا حملنا الآية على غير ظاهرها [جاز] [١٠] صرف هذه الآية عن ظاهرها بغير دليل .

١٧٤٠٣ - فأما قوله : ﴿ وَإِن [١١] تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ ﴾ : فيتناول ما قبل الرضاع ، فكأن الله ذكر حال ما إذا فعلت ، ثم ذكر حالها لو لم تفعل ، وهذا كقوله : من دخل الدار فله درهم ، ومن لم يدخلها عاقبته .

١٧٤٠٤ - ويدل عليه [١٢] قوله ﷺ : « ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَمَنْ كُنْتُ خَصْمَهُ خَصَمْتُهُ : رَجُل اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى عَمَلَهُ وَلَمْ يُوَفِّهِ أَجْرَهُ » [١٣] .

---

(١) تعرف هذه المسألة بمفهوم المخالفة ، حيث عدها الشافعية وبعض الحنفية في الشرط حجة ، وقال جمهور الحنفية : مفهوم المخالفة ليس بحجة ، وقول المصنف هنا ، ومن أصحابنا من يقول : إن الحكم المعلق بالشرط يدل على نفي ما عداه ، مبني على القاعدة المشهورة . أن الشروط اللغوية أسباب شرعية ؛ أي أنه يلزم من وجودها الوجود ومن عدمها العدم . راجع تيسير التحرير لأمير بادشاه (١٠٠/١) ط دار الكتب العلمية بيروت .

(٢) أي أنه لا يدل على نفي ما عداه .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) سورة التوبة : الآية ٢٩ .

(٥) في (ن) : زيادة [أن] .

(٦) سورة الطلاق : الآية ٦ .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) الحقيقة : هي استعمال اللفظ فيما وضع له في اصطلاح التخاطب .

(٩) المجاز : هو استعمال اللفظ في غير ما وضع له في اصطلاح التخاطب لعلاقة وقرينة مانعة من إرادة المعنى الأصلي .

(١٠) « وجب » بالنسخ ولعلها « جاز » أو « ولزم » أي لزم على القول بحمل الآية على ذكر البذل صرف الآية عن ظاهرها بغير دليل .

(١١) في (م) ، (ع) :] فإن [وهو خطأ .

(١٢) أي على وجوب الأجرة بإيفاء المنفعة .

(١٣) أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « قال الله ﷻ : « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رَجُل أَعطى بي ثُمَّ غَدَرَ ، وَرَجُل بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ وَرَجُل اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ =

١٧٤٠٥ - فدل على تأخير الأجرة بعد العمل ، ولو وجبت بالعقد لَذَمُّهُ على تأخيره عن تلك الحال ، ويدل عليه قوله ﷺ : « اعْطِ الأَجِيرَ أَجْرَتَه قَبْلَ أَنْ يَجُفَّ عَرَقُهُ »[١] وإنما يجف العرق بعد مفارقة العمل ؛ فدل أن الأجرة تجب حينئذ .

١٧٤٠٦ - وقولهم : يحتمل أن تكون أجرة مؤجلة يحل أجلها قبل أن يجف العرق[٢] لا يصح ، لأن اللفظ يقتضي سائر الإجارات[٣] ولأنه لم يجر[٤] للتأجيل ذكر[٥] .

١٧٤٠٧ - قالوا : ليس المراد من الخبر بيان وقت الوجوب ، وإنما المقصود بيان دفع الأجرة من غير مطل[٦] .

١٧٤٠٨ - قلنا : الأمر إنما يتناول أقل أحوال الوجوب ، لأنها المقصود ، وما بعدها حال أخرى ، وليس بعض الأحوال أولى من بعض ، فلا فائدة لتخصيص حال منها

١٧٤٠٩ - ولأنه مال في مقابلة منفعة ، فلا يستحق بنفس العقد كالربح في المضاربة[٧] .

١٧٤١٠ - ولا يلزم المهر ؛ لأنه في مقابلة [استباحة][٨] المنفعة .

وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ » . راجع صحيح البخاري باب إثم من منع أجر الأجير (١١٨/٣) ، وأحمد في مسنده (٣٥٨/٢) ، والبيهقي في سننه (١٢١/٦) ، وابن ماجه (٨١٦/٢) باب أجر الأجراء رقم (٢٤٤٢) ، وانظر نصب الراية (١٣٢/٤) .

(١) هذا الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من حديث أبي هريرة ، وللحديث طرق أخرى وجميعها لا يخلو من ضعف ، وقد نسبه البعض إلى البخاري وهو خطأ ، وإنما ما في البخاري من حديث أبي هريرة السابق ثلاثة أنا خصمهم ... راجع جمع الجوامع للسيوطي صـ١٠٨٧ رقم ٣٥٠٠ الطبعة الأولى مجمع البحوث الإسلامية والجامع الصغير له أيضًا صـ ١٧٥ رقم ١١٦٤ ط دار الفكر وتلخيص الحبير (٥٩/٣) .

(٢) أجاب الماوردي عن استدلال الأحناف بهذا الحديث بقوله وأما الجواب عن قوله ﷺ أعطوا الأجير ... الحديث فهو أن استدلالنا به كاستدلالهم ، لأنه قد يعرق حين يعمل فيقتضي أن يستحق أخذها قبل إتمام العمل ، على أنه يجوز أن يكون واردا فيمن شرط تأخير أجرته » الحاوي (١٨٧) ، الشيرازي في النكت ١٦٧ .

(٣) في (ن) : [الإيجارات] .

(٤) بالنسخ [يجز] وهو خطأ .

(٥) بالنسخ [ذكره] وهو خطأ أيضًا .

(٦) المطل : التسويف بالعدة والدين . القاموس المحيط باب اللام فصل الميم (٥٢/٤) . ومن المعلوم أن الحنابلة وافقوا الشافعية في هذه المسألة ، ومن ثم فقد أورد ابن قدامة هذا الدليل في معرض رده على استدلال الأحناف السابق ، حيث قال : ويحتمل أنه توعده على ترك الإيفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة . (المغني ٤٤٤/٥) .

(٧) اعترض الماوردي على قياس عدم استحقاق الأجر في الإجارة بالعقد على عدم استحقاق الربح في المضاربة بقوله : « أما قياسهم على الجعالة والقراض ؛ فالمعنى فيهما إن سلم القياس من النقض بالنكاح أن العقد فيهما غير لازم ، فلم يقع فيهما إجبار ، والإجارة لازمة فوقع فيها إجبار . راجع الحاوي صـ ١٨٧

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

١٧٤١١ - فإن قيل : المعنى في الربح أنه (١) لا يملك بشرط التعجيل (٢) . [فلم يملك بالإطلاق ، والأجرة تملك بشرط التعجيل] (٣) فملكت بالإطلاق .

١٧٤١٢ - قلنا : قد ثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق العقـود .

١٧٤١٣ - الدليل عليه : الأجل ، والخيار إذا سمى أو غير نقد البلد ، ولأنه عقد بنى على منفعة فلا يستحق به الأجرة .

١٧٤١٤ - أصله : إذا أجره دارا شهر رمضان وهما في رجب .

١٧٤١٥ - ولا يلزم (٤) النكاح ؛ لأن البدل ليس بأجرة . ولا يلزم إذا عجل الأجرة أو شرط تعجيلها ؛ لأنها لا تملك بنفس (٥) العقد (٦) لأنه لم يسلم المنفعة المستأجرة فلا يلزم تسليم بدلها بالعقد .

١٧٤١٦ - أصله : إذا لم يسلم العين ، ولأنه عقد معاملة لا يملك به المعوض [عنه] (٧) فلا يستحق به البدل كالبيع الفاسد .

١٧٤١٧ - ولا يلزم للمسلم (٨) لأن المسلَم (٩) فيه يتعين من العوض (١٠) الثاني فيملك بالعقد ؛ لأنه عقد على منافع يتعذر استيفاؤها عقيب (١١) العقد فأشبه الإجارة التي شرط فيها الخيار (١٢) ولأنها (١٣) معاملة لا توجب تسليم أحد البدلين في الحال ، فإذا لم يجب قبض البدل الأجر (١٤) في المجلس لم يوجب العقد تسليمه كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع (١٥) والبيع الفاسد ، ولا يلزم النكاح لأنه ليس بمعاملة .

---

(١) أي المضارب لا يملك شرط تعجيل الربح في عقد المضاربة .

(٢) في (ن) : [شرط لتعجيل] .

(٣) ما بين المعكوفتين ساقط من (ص) ، (م) ، (ع) .

(٤) هذا جواب على اعتراض الماوردي السابق . (٥) في (م) ، (ع) : [بنقض] وهو خطأ .

(٦) وإنما تملك الأجرة في حالة التأجيل أو التعجيل بالشرط .

(٧) بالنسخ : غير والأصواب ما أثبتناه . (٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) من (ن) وفي غيرها السلم وخطأ لأن المراد السلعة المسلم فيها .

(١٠) ساقطة من (ن) . (١١) في (م) ، (ع) : [عقب] .

(١٢) راجع اللباب (١٠٥/٢) . (١٣) في (م) ، (ع) : [لأنه] .

(١٤) في (م) ، (ع) : [الأجرة] وهي تفسير للبدل وكلاهما يغني عن الآخر .

(١٥) البيع المشروط فيه الخيار للبائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ، ولذا لو قبضه المشترى فهلك عنده في مدة الخيار ضمنه المشتري بالقيمة لا بالثمن ، بخلاف البيع المشروط فيه للمشتري ، فإنه لا يمنع خروج المبيع عن =

١٧٤١٨ - ولا يلزم السلم ؛ لأن قبض بدله يجب في المجلس [١] ، ولا يلزم إذا شرط التعجيل ؛ لأن ذلك لا يوجبه العقد ، وهذه المسألة مبنية على أن المنافع لا تملك بالعقد [٢] وإنما تملك بالاستيفاء .

١٧٤١٩ - والدليل على أنها [لا تملك] [٣] [أنها معدومة والملك من صفات الموجود ، ولأنها نماء [٤] يحدث من ملكه فلا يملك بالعقد كسائر المعدومات

١٧٤٢٠ - ولا يلزم السلم] [٥] لأن العقد يقع على دين [٦] في الذمة . والديون في الذمة لا توصف بالعدم كالشراء بالأثمان في الذمة ولا النكاح [٧] .

١٧٤٢١ - لأن المنافع لا تملك به ، وإنما يقدر على ملك الاستباحة .

١٧٤٢٢ - قالوا : الثمرة المعدومة لا يجوز التصرف فيها ، فدل [على أنها لم تملك ، والمنفعة المعدومة يجوز التصرف فيها] [٨] ؛ فدل أنها مملوكة [٩] .

١٧٤٢٣ - قلنا : إنما جاز التصرف في المنافع حال عدمها ؛ لأنها إذا وجدت

= ملك البائع ، وإن كان لا يدخل في ملك المشترى عند أبي حنيفة خلافًا للصاحبين ، ولذا لو قبضه المشترى فهلك عنده في مده الخيار ضمنه بالثمن لا بالقيمة . راجع اللباب (١٣/٢) .

(١) في اللباب ولا يصح السلم حتى يقبض المسلم إليه رأس المال قبل أن يفارق رب السلم بدنه . اللباب (٤٤/٢)

(٢) هذا هو رأى الأحناف ، فعندهم لا تملك المنافع بالعقد بل بالاستيفاء . ووجهة نظرهم : أن عقد الإجارة عبارة عن مجموعة عقود على حسب أجزاء المنفعة ، فكل جزء استوفاه كان بمثابة العقد المنفرد بملكه بالاستيفاء الفعلي ويجب في مقابلته الأجرة للمؤجر فكلاهما (الأجرة والمنفعة) لا تملك بالعقد عندهم ووافقهم في هذا المالكية أيضًا فإن المنفعة عندهم تحدث على ملك المؤجر ، ولا تنتقل للمستأجر إلا بعد استيفائها الفعلي ؛ لأن المنافع لا تحدث مرة واحدة بل تحدث جزءًا فجزءًا بحسب ما يقبض منها . راجع تبيين الحقائق (٣٢٦/٧) ، المهذب (٥٢٣/١) .

(٣) أي بالعقد وهي ساقطة من (ص) ، (ن) . (٤) في (ن) : [ولأنه لما] .

(٥) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) . (٦) في (م) ، (ع) : [عين] .

(٧) أي ولا يلزم النكاح ، قال في تبيين الحقائق بعد أن عرف الإجارة بأنها بيع منفعة معلومة بأجر معلوم يعني تمليك منفعة بعوض فخرج البيع والهبة والعارية والنكاح ؛ فإنه استباحة المنافع بعوض لا يملكها . تبيين الحقائق (٣٢٤/٧) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) هذا الدليل استدل به الشافعية على رأيهم في المسألة الفرعية التي ذكرها المصنف على أنها سبب الخلاف في هذه المسألة ، وهي امتلاك المنفعة بالعقد أو الاستيفاء على ما سبق بيانه . راجع مغني المحتاج (٣٣٤/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٤٣/٥) .

عدمت [1] فلم يمكن التصرف فيها بعد وجودها [فلهذه الضرورة جاز التصرف فيها ، والثمرة يمكن التصرف فيها بعد وجودها] [2] فلم توجد تلك الضرورة [فيها] [3] ، وإن ساوت المنفعة في فقد الملك [4] .

١٧٤٢٤ - ولأنها [5] لو ملكت بالعقد وجدت في ضمانه بالقبض الأول كالأعيان .

١٧٤٢٥ - احتجوا في هذا الفصل بأن عقد المعاوضة إذا تناول معلومًا بعينه ؛ كان المعقود عليه مملوكًا كالأعيان المبيعة .

١٧٤٢٦ - [قلنا : يبطل بنصيب في المساقاة أن المعاوضة تناولت الثمرة وهي معلومة وليست مملوكة .

١٧٤٢٧ - قالوا ليست معلومة] [6] .

١٧٤٢٨ - قلنا : وكذلك مقدار خدمة العبد [في الشهر غير معلومة] [7] القدر [8] والمعنى في المبيع أنه [9] موجود بمعاوض [10] عنه فكان مملوكًا ، والمنفعة « معدومة » [11] [في الشهر] [12] فلم تملك ، وإن تناولها العقد كسهم العامل من النخل [13] .

١٧٤٢٩ - قالوا : الملك ليس باشارة إلى العين [14] ، وإنما هو [15] عبارة عن حكم ؛ لأن الملك هو التصرف في العين [16] بدلالة أن المولي [يملك التصرف] [17] في العبد

---

(١) أي عدمت المنافع باستيفاء المنتفع بها واستهلاكها .

(٢) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) والضمير عائد علي الثمرة .

(٤) أي لم يجز التصرف فيها أثناء عدمها .

(٥) أي المنافع .

(٦) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، (ع) : والحق ماقالوا : « إن الثمرة ليست معلومة لأنها لم تخلق بعد . والمعلوم هو الجزء المشروط أي القدر كالثلث ونحوه ، وليست الثمرة بدليل أنها قد لا تخرج . راجع المهذب (٥١٣/٥) .

(٧) ما بين المعكوفين مكرر في (ن) .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) في (ن) : [بعارض] .

(١١) في (م) ، (ع) : [مملوكه] .

(١٢) ساقطة من (ن) .

(١٣) نصيب العامل في المساقاة وإن كان محددًا بالجزء إلا أنه لا يملك إلا بتحقيق الوجود ؛ لأنه يحمل النخل فلا يستحق العامل .

(١٤) في (ص) ، (ن) : [عين] .

(١٥) في (ن) ، (م) ، (ع) : [هي] .

(١٦) قال ابن قدامة : الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص ، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلة كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين ، فلما أجرها صار المستأجر مالكًا فيها ما كان يملكه المؤجر . المغني (٤٤٣/٥) .

(١٧) في (م) ، (ع) : [يتصرف] .

فإذا أعتقه فالرقبة لا تجوز له لأن الملك زال عنه . ثم المالك له كمال التصرف في المنافع ؛ [فدل أنها ملكه] (١) .

١٧٤٣٠ - قلنا : الثمرة المعدومة يملك التصرف (فيها) (٢) بالوصية ، وبالمعاوضة في المساقاة (٣) ، ولم يدل جواز التصرف فيها على أنها مملوكة [إذا ثبت أن المنافع لا تملك إلا بالعقد] (٤) .

١٧٤٣١ - قلنا : إن كل معاملة لا يملك فيها أحد البدلين بنفس العقد لا يملك به البدل الآخر (٥) كالهبة بعوض (٦) . والبيع المشروط فيه الخيار لهما (٧) والبيع الفاسد (٨) .

---

(١) في (م) ، (ع) : [ملكا] وهي خطأ . (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) جاء في البدائع في معرض اشتراط وجود الموصى به في حياة الموصى النص على أنه : وأما الوصية بثمرة البستان والشجر فلا شك أنها تقع عن الموجود وقت موت الموصى والحادث بعد موته إن ذكر الأبد ؛ لأن اسم الثمرة يقع على الموجود والحادث . والحادث منها يحتمل الدخول تحت بعض العقود وهي عقد المعاملة والوقف ، فإذا ذكر الأبد يتناوله . البدائع (٣٥٤/٧) ، ومن هذا النص يفهم أن الثمرة المعدومة يجوز التصرف فيها بالوصية من قبل الموصى ثم التصرف فيها في المساقاة معلوم فإن المجوزين للمساقاة يجعلون للعامل نصيبًا منها يشرط له عند العقد ، وهذا معنى التصرف فيها .

(٤) لعل صواب العبارة يقتضي الزيادة الموجودة بين المعكوفتين .

(٥) قاعدة : « كل معاملة لا يملك فيها أحد البدلين بنفس العقد لا يملك به البدل الآخر ، كالهبة بعوض والبيع المشروط فيه الخيار لهما والبيع الفاسد » .

(٦) الهبة بعوض بيع عند الأحناف . قال في اللباب : لو قال : وهبتك بكذا بالباء كان بيعًا ابتداء وانتهاء ، هذا إذا كان العوض معينًا ، أما إذا لم يكن معينًا بأن كان مجهولًا يبطل اشتراطه ويصح عقد الهبة ويكون هبة ابتداء وانتهاء . أما إذا كانت الهبة بشرط العوض كأن قال : أهبك بشرط أن تعوضني كذا فهو هبة ، يعتبر فيها شروط الهبة . وحكمه حكم البيع في الرد بالعيب والخيار . راجع اللباب (١٧٧/٢) .

(٧) يرى الإمام أبو حنيفة أن البيع المشروط فيه الخيار لهما ملك المبيع فيه للبائع ، ووافقه في هذا الأصحاب ، وعلى ذلك لو قبضه المشترى وهلك في يده ضمنه قيمًا كان أو مثليًا ، وإن كان مشروطًا للمشترى خرج المبيع من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشترى عند الإمام ويدخل عند الأصحاب في ملك المشترى . راجع اللباب (١٣/٢) ، وللشافعي فيها ثلاثة أقوال : أحدها : ينتقل بالعقد ؛ لأنه عقد معاوضة يوجب الملك فانتقل الملك فيه بنفس العقد كالنكاح وهو مقتضى كلام الأم (٥/٣) . والثاني : أنه يملك بالعقد وانقضاء الخيار ؛ لأنه لا يملك التصرف إلا بالعقد وانقضاء الخيار . والثالث : أنه موقوف مراعى فإن لم يفسخ العقد تبينا أنه ملك بالعقد وإن فسخ تبينًا أنه لم يملك .. راجع المهذب (٣٤٥/١) .

(٨) سبقت الإشارة إلى أن الأحناف يفرقون بين الفاسد والباطل ، وعلى ذلك فالبيع الفاسد عندهم يترتب عليه ملك المبيع إذا قبضه المشتري بإذن البائع ، فلو باعه صح بيعه ، لأن البيع الفاسد عندهم يمكن تصحيحه ؛ لأن الخلل راجع إلى فساد العوض كبيعه سلعة بثمن هو خمر مثلًا فيمكن تصحيح العقد باستبدال خل بالخمر =

١٧٤٣٢ - احتجوا بأنه عقد يجوز شرط تعجيل العوض فيه ، فوجب أن يقتضي إطلاقه تعجيل العوض كالبيع [(١)] .

١٧٤٣٣ - قلنا : قد يجوز أن يشرط في [(٢)] العقد مالا يقتضيه الإطلاق بدلالة تأجيل الثمن والخيار إذا [(٣)] شرط غير نقد البلد ويبطل ، بالعقد على الجزية فإنه يجوز أن يشرط [(٤)] الإمام تعجيلها ، وإطلاق عقد الذمة [(٥)] لا يقتضي التعجيل .

١٧٤٣٤ - والمعنى في البيع أنه يمكن تسليم المعقود عليه [(٦)] عقيب العقد ، فجاز أن يستحق عوضه بالعقد . والإجارة لا يمكن تسليم المعقود عليه [(٧)] عقيب العقد فلم يجب بدله بالعقد كالعبد الآبق وكربح المضارب .

١٧٤٣٥ - ولأن المبيع لما [(٨)] ملك بالعقد ملك العوض عنه بالعقد ، فلم يسبق ملك أحد العوضين ملك الآخر ، ولما ثبت أن المنافع لا تملك بالعقد لم يملك عوضها إلا حين [(٩)] ملكها حتى يتساوى الملك في العوضين كما يتساوى في المبيع .

١٧٤٣٦ - قالوا : معاوضة لا يملك أحد المتعاقدين فسخها لغير عذر ، فوجب أن يقتضي إطلاقها تعجيل العوض كالنكاح [(١٠)] .

١٧٤٣٧ - قلنا : يبطل بالمساقاة ، فإنه معاوضة لا يملك أحد المتعاقدين فسخها لغير عذر ، فوجب أن يقتضي إطلاقها تعجيل العوض وهو الجزء من الثمرة .

١٧٤٣٨ - ولأن البدل في النكاح أقوى من [(١١)] الثبوت من الأجرة ، بدلالة أن المرأة لو

= أو زيت مثلًا . أما إذا كان العوض دمًا أو ميتة مثلًا فهو باطل ، وعلى ذلك لا يصح العقد . ولا تترتب عليه الآثار . ومع أن الشافعية لا يفرقون بين الفاسد والباطل إلا أنهم فرقوا بينهما في البيع ، فذهبوا إلى ما ذهب إليه الأحناف . راجع اللباب (٢٨/٢) ، التمهيد للأسنوي (٦١) ، المهذب (٥٢٣/١) .

(١) راجع فتح العزيز (١٩٩/١٢) ، الحاوي (١٨١) ، المغني (٤٤٣/٥)

(٢) في (م) ، (ع) : [إن] .

(٣) بالنسخ [وإذا] والواو زيادة لا حاجة لها .

(٤) ساقطة من (ن) ، وفي (م) ، (ع) : [شرط] .

(٥) ساقطة من (ن) .

(٦) ساقطة من (ن) والمعقود عليه المبيع .

(٧) ساقطة من (ن) والمعقود عليه في الإجارة المنفعة .

(٨) في (م) ، (ع) : [البيع لا يملك] وهو خطأ ظاهر .

(٩) في (ص) ، (ن) ، (ع) : [الأجنبي] وهو خطأ .

(١٠) قال الماوردي : دليلنا هو أن ما لزم من عقود المنافع استحق العوض فيه حالًا كالنكاح . الحاوي (١٨١) وقال ابن قدامة : « عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق . المغني (٤٤٣/٥) .

(١١) كذا بالنسخ ولعل صوابها [في] .

ماتت عقيب العقد فلم يتمكن الزوج من الاستمتاع ووجب البدل [١] . ولو احترقت الدار المستأجره ، أومات العبد لم تستحق الأجرة فلم يجز اعتبار أحدهما بالآخر . ولو طلقها قبل الدخول وجب نصف المهر ، ولو عادت المنافع إلى المؤجر لم [٢] يستحق شيئًا من البدل .

١٧٤٣٩ - والمعنى في النكاح : أن المعنى الذي يستقر به المهر هو وطء واحد [٣] . وذلك يمكن تسليمه عقيب العقد ؛ فلذلك جاز أن يجب عوضه بالعقد والمعنى الذي تستقر به الأجرة هو استيفاء جميع المنافع [٤] وذلك لا يمكن تسليمه عقيب العقد ؛ فلذلك لم يجب بدله [٥] بالعقـد .

١٧٤٤٠ - قالوا : المنافع بمنزلة العين القائمة [٦] بدلالة جواز العقد عليها مطلقًا ، ولو لم تكن كالعين لم يجز العقد عليها قبل أن تخلق كالثمرة والنتاج قبل أن يخلقا [٧] وإذا كانت كالعين فإذا قبض الدار كانت [٨] المنافع في حكم المقبوضة [٩] له [١٠] ؛ دلالة جواز تصرفه فيها كالإجارة والإعارة ؛ ولو لم تكن كالمقبوضة ما جاز هذا . ولو رجل [١١] أصدق امرأة منفعة دارٍ شهرًا فسلم الدار إليها [١٢] لزمها تسليم نفسها ،

---

(١) أي وجب المهر . (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) عبر المصنف عن استقرار المهر بالوطء إيجازًا واختصارًا ، وتمام ذلك أن المهر يستقر عند الأحناف بواحدة من ثلاث : الخلوة الصحيحة أو الدخول أو الموت قبل الدخول ، ووافق الشافعية الأحناف في استقراره بالوطء وبالموت ، واختلف قولهم في استقراره بالخلوه . ففي القديم : يستقر بها المهر ، وفي الجديد : لا يستقر بها وهو المذهب عندهم . راجع البدائع (٢٩١/٢) ، المهذب (٧٤/٢) .

(٤) انظر : مغني المحتاج (٢٦٥/٥) ، المهذب (٥٢٣/١) .

(٥) في (م) ، (ع) : [بدلالة] وهو خطأ .

(٦) قال الإمام الشافعي في الأم : ردًا على أن الإجارة تخالف البيوع في أنها واردة على غير عين وأنها إلى مدة « بيان أنها واردة على منفعة معقولة من عين معروفة فهي كالعين » الأم (٢٥١/٣) . وقال الماوردي : « إنها لو كانت مؤجلة وبالتمكين غير مقبوضة لما جاز لمستأجر الدار أن يؤجرها ، لأن بيع ما لم يقبض باطل ، وفي إجماعهم على جواز إجارتها دليل على حصول قبضها . . والزوجة لا يلزمها التمكين من نفسها إلا بعد قبض صداقها ، ولو كان صداقها سكنى دار تسلمتها لزمها تسليم نفسها ، فلولا حصول قبضها لصداقها ما ألزمت تسليم نفسها كما أن الأجرة لو لم تملك بتسليم الدار والتمكين من السكنى لما جازت المضاربة عليها » الحاوي صـ ١٨٤ . وقال ابن قدامة : « وقولهم : إن المنافع معدومة قلنا هي مقدرة الوجود ؛ لأنها جعلت موردًا للعقد والعقد لا يرد إلا على موجود » المغني (٤٤٣/٥) .

(٧) في (ع) : [يخلق] وهو خطأ . (٨) في (ن) : [فاتت] وهو خطأ .

(٩) في (م) ، (ع) : [المقبوض] . (١٠) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١١) في (م) ، (ع) : [وكل رجل لو] . (١٢) في (ع) : [فسلم إليها الدار] .

وإذا[1] ثبت أنه كالقابض للمنافع[2] لزمه تسليم الأجرة .

١٧٤٤١ - الجواب : أما قولهم : إن المنافع بمنزلة الأعيان بدلالة جواز العقد فغلط ؛ لأن المنافع متى[3] تعيّنت عدمت مع التعين ، فلم يجز العقد عليها ، فكيف يستدل بجواز العقد على أنها في حكم الأعيان ؟ .

١٧٤٤٢ - وهذا المعنى يمنع جواز العقد عليها ، فأما الثمرة والنتاج [فلا يمكن العقد عليها مع عدمها][4] بل وقف جواز العقد على الوجود ، وأما المنافع : فلا يمكن العقد عليها بعد وجودها[5] فاضطررنا إلى تصحيح العقد قبل وجودها .

١٧٤٤٣ - فأما قولهم : إن قبض الدار في حكم قبض المنافع ، فلا يصح بدلالة أنها لو صَارت / مقبوضة لتلفت من ضمان المستأجر ، ولكان العيب الحادث فيها لا يوجب[6] الرد[7] . ١٩٨/أ

١٧٤٤٤ - وفي علمنا : أن الدار لو احترقت بعد القبض سقطت الأجرة ، ولو دخلها عيب ثبت الفسخ ، ولو غصبها غاصب سقط ضمانها ؛ دل ذلك على أنها ليست في حكم القابض ، وإنما يقبضها إذا وجدت باستيفائه لها .

١٧٤٤٥ - فإن قيل : لو اشترى عبدًا أو قاتلًا فقبضه ، استقر بدله ، وإن سقط عندكم متى قتل في يد المشتري[8] .

---

(١) في (ن) : [فإذا] .　　(٢) في (م) ، (ع) : [المنافع] .

(٣) ساقطة من (ن) .

(٤) العبارة بجميع النسخ فيمكن العقد عليهما مع عدمهما . وإثباتها في المتن بالنفي « فلا يمكن » هو الذي يتفق ورأى أبي حنيفة السابق في المساقاة ؛ حيث أبطلها لأنها معاملة على ثمرة معدومة . ويدل عليه كلام المصنف بعده : بل وقف جواز العقد على الوجود ، ومما يدل على صحة ما ذكرت كلام الكاساني في أثناء الحديث عن شروط المعقود عليه في البيع ، ولزوم أن يكون موجودًا فلا ينعقد بيع المعدوم ، وما له خطر العدم كبيع نتاج النتاج بأن قال : بعت ولد ولد هذه الناقة ، وكذا بيع الحمل ؛ لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم ، وإن باع الحمل فله خطر المعدوم ، وكذا بيع اللبن في الضرع ؛ لأنه على خطر ، لاحتمال انتفاخ الضرع ، وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره . البدائع (١٣٨/٥) .

(٥) لأنها إذا وجدت عدمت بالانتفاع بها .

(٦) في (م) ، (ع) : [إلا موجب] وهو خطأ .

(٧) أجاب الماوردي عن هذا فقال : وأما استدلالهم بأنه لو ملكها ما استرجعت بالانهدام فهو باطل باشتراط التعجيل ، وبالنكاح ، وبالبيع في استرجاع بعض الثمن في أرش العيب فبطل الاستدلال . الحاوي (١٨٧) .

(٨) يجوز عند الأحناف بيع العبد المرتد أو الجاني علم بذلك المولى ، أو لم يعلم ، ولكن يضمنه المولى البائع =

١٧٤٤٦ - قلنا : قتله عندنا بسبب (١) كان عند (٢) البائع يقام (٣) عليه البينات يفسخ قبضه الموجود ، فيزول ضمان الثمن كما يزول الاستحقاق ، وهلاك الدار وغصبها لا يوجب فسخ القبض ومع ذلك يسقط البدل .

١٧٤٤٧ - فدل على أن المنافع لم تصر مقبوضة . [وأما جواز التصرف فيها بغير قبض الدار فليس لأن المنافع مقبوضة] (٤) ، ألا ترى أنه يعقد عليها ، ولم يملكها ؟ كما يعقد المؤجر عليها ولم يملكها وعدم الملك أكثر من عدم القبض ، وإنما وقف تصرفه على قبض الدار

١٧٤٤٨ - لأنه ما لم يقبض تحدث (٥) المنافع في ضمان المؤجر ، فلم يجز أن يملكها المستأجر الثاني عند حدوثها من جهة المستأجر الأول ، وإذا قبض الدار حدثت المنافع على ضمانه ، فجاز أن يملكها المستأجر الثاني بعد دخولها في ضمان المستأجر الأول ، فإذا تزوج امرأة على سكنى فسلم الدار فإنما لزمها تسليم نفسها . لأنها رضيت ببدل مؤجل ، فلم يجز أن تحبس نفسها مع الرضا بالتأجيل (٦)

١٧٤٤٩ - فإن قيل : فكان يجب أن تسلم نفسها قبل (٧) قبض الدار .

١٧٤٥٠ - قلنا : الجزء الأول من المنفعة (٨) قد استحقت (٩) تعجيله (١٠) فوجب أن يسلِّم الدار إليها حتى (١١) لا يفوتها ذلك الجزء المعجل (١٢) .

= بحسب علمه بجنايته ، فإن باعه قبل علمه ، ضمن الأقل من قيمته ومن أرش الجناية ، وإن باعه بعد علمه بها وجب عليه الأرش كاملًا . وللشافعية في العبد القاتل قولان ، وفي المرتد وجهان ؛ فإن قُتِلَ في يد المشتري ففيه وجهان : ينفسخ البيع ويرجع بالثمن ، والثاني : إن علم المشترى لم يرجع بشيء ، وإن لم يعلم رجع بالثمن . راجع البدائع (١٦٥/٥) ، ورءوس المسائل للزمخشري ص٢٨٧ ، المهذب (٣٨١/١) .

(١) في (م) ، (ع) : [بسبب] .
(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٣) في (م) ، (ع) : [مقام] .
(٤) ساقط في (م) ، (ع) .
(٥) في (م) ، (ع) : [لحدث] .
(٦) اتفق الأحناف والشافعية على أن المرأة يجوز لها أن تحبس نفسها عن الزوج حتى تقبض المهر ، إن كان المهر مشروطًا تعجيله في العقد ، أو أطلق العقد ذلك قياسًا على جواز حبس البائع السلعة عن المشتري حتى يستوفي ثمنها ، وعلى أنه ليس لها أن تحبس نفسها إذا كان المهر مشروطًا تأخيره في العقد كتلك الصورة التي ذكرها المصنف ، لأنها رضيت بتأخيره . راجع البدائع (٢٨٨/٢) ، البجرمي على الخطيب (٣٧٣/٣) .
(٧) في (ن) : زيادة [ذلك] ولا حاجة لها .
(٨) أي على القول بأنها رضيت بتأخير تسليم نفسها .
(٩) أي على القول بأنها رضيت بتأخير بدلها .
(١٠) في (م) : [استحق] .
(١١) وإنما استحقت تعجيل الجزء الأول بتسليم نفسها .
(١٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

١٧٤٥١ - [قالوا : لو كانت المنافع لا تملك عندنا ولا الأجرة [١] فكلما وجد جزء من المنافع ملكه وقد تعين واستحق [٢] غرمه دينًا ، فيكون في الحقيقة تمليك عين بدين] [٣].

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [الأول] قال في البدائع : ولو كان بعضه - المهر - حالًا وبعضه مؤجلًا معلومًا فله أن يدخل بها إذا أعطاها الحال بالإجماع . البدائع (٢٨٩/٢) .

(٢) في (م) ، (ع) : [والأجرة] .

(٣) العبارة كذا بجميع النسخ ، والظاهر أن النساخ قد خلطوا بين قول الشافعية وجواب المصنف في هذه العبارة ؛ وذلك لأن صدر العبارة يناسب اعتراض الشافعية ، وعجزها يناسب ردّ الأحناف ، كما أن العبارة لم ينص فيها على جواب المصنف . وهو خلاف المعتاد عنه ، ولذا فإننا نرى أن صواب العبارة هو : قالوا : لو كانت المنافع لا تملك عندنا - الأحناف - ولا الأجرة ، فإذا شرط في العقد تأجيل الأجرة ، كان تمليك دين بدين ، وهو منهي عنه ، قلنا : إذا شرط تأجيل الأجرة ، فكلما وجد جزء من المنافع ملكه وقد تعين - أي هذا الجزء - من المنفعة واستحق غرمه دينًا ، فيكون في الحقيقة تمليك عين بدين . يدل على صحة ما ذكرت النصوص التالية للشافعية احتجاجًا ، وللأحناف ردّ عليهم . قال المزني في مختصره : يملك المستأجر المنفعة التي في العبد والدار والدابة إلى المدة التي اشترطها حتى يكون أحق بها من مالكها ، ويملك بها صاحبها العوض ؛ فهي منفعة معقولة من عين معلومة ، فهي كالعين المبيعة ، ولو كان حكمها بخلاف العين ؛ كانت في حكم الدين ، ولم يجز أن يكترى بدين ؛ لأنه حينئذ يكون دينا بدين ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن الدين بالدين . مختصر المزني (٨٠/٣) . وقال الماوردي : والمنافع بالتمكين مقبوضة حكمًا وإن لم يكن القبض مستقرًا لأمور أربعة : أحدها : ما ذكره الشافعي : أنها لو كانت مؤجلة وبالتمكين غير مقبوضة لما جاز تأجيل الأجرة ؛ لأنه يصير دينًا بدين ، وقد ورد النهي عنه ، وفي إجماعهم على جواز تأجيلها - أي الأجرة - دليل على حصول قبضها . الحاوي ١٨٤ . . وقد سبق ذكر الثلاثة الأخرى أثناء المسألة ، وقال الزيلعي مجيبًا : فإن قيل : لو لم تملك المنافع يلزم الافتراق عن دين بدين ، قلنا : لو صح ذلك لزم التقابض في المجلس ، فلما جاز التفرق من غير تقابض لا يكون دينًا بدين فبطل ما قالوا . تبيين الحقائق (١٠٧/٥) .

مسألة [١] ٨٦٥

إجارة الدار كل شهر بكذا

١٧٤٥٢ - قال بعض [٢] أصحابنا : إذا استأجر دارا كل شهر [٣] بدرهم صح العقد في شهر واحد ، وفسد في بقية الشهور [٤] .

---

(١) من المعلوم أن بيان مدة الإجارة شرط في صحتها ، ومن ثم فقد فرع العلماء هذه المسألة ، فاختلفوا فيما إذا انعقدت الإجارة الصيغة التي ذكرها المصنف وتسمى بالمشاهرة ؛ لأنه لم يذكر مدة تنتهي إليها الإجارة .

(٢) ما ذكره المصنف هو رأي أبي حنيفة ، وهو ما صرحت به كتب المذهب ، فكان أولى أن تنسب المسألة إليه! وقد اختلف النقل عن الإمامين محمد وأبي يوسف فعامة الكتب تذكر المسألة على أنها رأي المذهب من غير تفصيل إلا ما تعرض له الكاساني في بدائعه نقلًا عن القدوري رحمه الله حيث قال : أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم ، جاز في شهر عند أبي حنيفة ، وهو الشهر الذي يعقب العقد كما في بيع العين ، فإن قال : بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم ، أنه لا يصح إلا في قفيز واحد عنده ؛ لأن جملة الشهور مجهولة ، فأما الشهر الأول فمعلوم ، وهو الذي يعقب العقد ، وذكر القدوري أن الصحيح من قول أبي يوسف ومحمد : أنه لا يجوز أيضًا ، وفرقا بين الإجارة وبيع العين من حيث إن الإجارة كل شهر بكذا لا نهاية لها ، فلا يكون المعقود عليه معلومًا بخلاف الصبرة ؛ لأنه يمكن معرفة الجملة بالكيل . البدائع (١٨٢/٤) .

(٣) محل النزاع في إجارة الشهور والسنين هي هذه الصورة فقط ، أما لو أجره داره سنة كل شهر بكذا فهو صحيح بالإجماع ، وكذا لو أجره شهرًا كل يوم بكذا ؛ لأن انتهاء المدة معلوم ، وإنما كان الخلاف هنا لأن انتهاء المدة غير معلوم ، وإنما المعلوم فقط هو مقدار أجرة الشهر ، ووجهة نظر المجوزين للإجارة في شهر واحد هي : أن كل إذا دخلت على مالا نهاية له تنصرف إلى واحد . . وقال في اللباب : ومن استأجر دارًا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح شهرًا واحدًا لكونه معلومًا فاسد في بقية الشهور لجهالتها ، والأصل: أن كلمة كل إذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف إلى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلومًا ؛ فصح العقد فيه، فإذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الإجارة لانتهاء مدة العقد الصحيح . اللباب (٩٩/٢) .

(٤) المذهب عند الأحناف هو ما ذكره المصنف من أن العقد صحيح في شهر واحد هو الذي يلي العقد مباشرة . وقد ذكر صاحب التبيين ما يشعر أن هناك من المشايخ من أجاز العقد في الشهر الثاني والثالث ، فقد قال : ولا معنى لقول من قال من المشايخ إن العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس ؛ لأن التعامل المخالف للدليل لا يعتبر . تبيين الحقائق (١٢٢/٥) وسوف يظهر من خلال استعراض آراء المذاهب الأخرى أن هذا الذي رده صاحب التبيين هو مذهب البعض حيث يرون صحة العقد في سائر الشهور .

١٧٤٥٣ - وهو قول الشافعي (١) في الإملاء واختيار الإصطخري (٢) .

١٧٤٥٤ - قالوا : والمذهب أن العقد فاسد (٣) في الجميع (٤) .

١٧٤٥٥ - لَنَا : مَا رُوِيَ أَنَّ عَلِيًّا (٥) ﷺ أَجَّرَ نَفْسَهُ مِنْ يَهُودِيٍّ لِيَسْتَقِيَ لَهُ الْمَاءَ كُلَّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ فَأَخَذَ الثَّمَرَ (٦) وَحَمَلَهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ لِجُوعٍ رَأَى بِهِ (٧) وَلَمْ يُنْكِرْ ذَلِكَ

---

(١) وهو أحد أقوال ثلاثة للمالكية أيضًا ، فهم وإن كانوا قد رجحوا صحة العقد لكن علماء المذهب اختلفوا فيه تفرقوا في تفسيره إلى ثلاثة أقوال : الأول : مثل رأى الأحناف وقول الشافعي في الإملاء بلزوم العقد في الشهر الأول وجواز الفسخ فيما عداه . والثاني : لزوم العقد في أي شهر سكن في بعضه فلا يكون لأحدهما أن يفسخه بالنسبة لهذا الشهر . والثالث : صحة العقد غير أنه عقد جائز لأي من الطرفين فسخه متى شاء ، وتلزم الأجرة بقدر ما سكن سواء في الشهر الأول أو غيره . ووافق القائلين بالصحة الحنابلة في قول لهم أيضًا ، ذكره الخرقي واختاره القاضي ، راجع البدائع (١٨٢/٤) ، المبسوط (١٣٠/١٥) ، اللباب (٩٨/٢) تبيين الحقائق (١٢٢/٥) ، بداية المجتهد (١٧٠/٢) ، المهذب (٥١٨/١) ، فتح العزيز (٣٤٢/١٢) مغني المحتاج (٣٤٠/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٤٦/٥) .

(٢) سبقت ترجمته .

(٣) قال في المذهب : وما عقد على مدة لا يجوز إلا على مدة معلومة الابتداء والانتهاء ، فإن قال : أجرتك هذه الدار كل شهر بدينار فالإجارة باطلة ، وقال في الإملاء : تصح في الشهر الأول وتبطل فيما زاد ؛ لأن الشهر الأول معلوم وما زاد مجهول فصح المعلوم ، وبطل في المجهول كما لو قال : أجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه ، والصحيح هو الأول . المهذب (٥١٩/١) ، وفي فتح العزيز : وإذا قال : أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم من الآن ؛ لم تصح الإجارة ؛ لأنه لم يبين لها مدة ... ثم صرح بالرأي الأول فقال وفي الإملاء : أن تصح في الشهر الأول لأنه معلوم ، والزيادة مجهولة ، وبه قال الإصطخري . فتح العزيز (٣٤٣/١٢) . والراجح في مذهب الشافعية وهو ما عبر عنه المصنف في المهذب : بطلان الإجارة ، وهو قول الحنابلة ، الثاني الذي اختاره أبو بكر وجماعة من الحنابلة . قال ابن قدامة : « وذهب أبو بكر وجماعة من الحنابلة إلى أن العقد باطل لأن العقد على كل الشهور وهي مبهمة مجهولة ، فلم يصح كما لو قال : أجرتك مدة أو عدة أشهر ، ولا يخفي أن هذا هو ما صححه الإمام القدوري عن الإمامين محمد وأبي يوسف في نصه السابق . راجع البدائع (١٨٢/٤) ، المغني (٤٤٦/٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [الجمع] .

(٥) أمير المؤمنين علي بن أبي طالب الهاشمي (أبو الحسن) رابع الخلفاء الراشدين وأحد العشرة المبشرين بالجنة وابن عم رسول الله ﷺ ، وزوج ابنته فاطمة ، وأول الناس إسلامًا بعد خديجة ﵂ . ولي الخلافة بعد مقتل عثمان سنة (٣٥ هـ) - سنة (٤٠ هـ) روى عن النبي - ﷺ ٥٨٦ حديثا . راجع الأعلام (١٠٧/٥) ، تاريخ الطبري (١١٠/٤) ط دار المعارف ، الاستيعاب (٢٦/٣) ، الإصابة (٥٠١/٢) ، تهذيب التهذيب (٣٣٤/٧) ، تهذيب الأسماء (٣٤٤/١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [التمرة] .

(٧) في (م) ، (ع) : [رابة] .

عَلَيْهِ [(١)] [(٢)] .

ولأنه ذكر جزءًا [(٣)] من الجملة معلومًا [(٤)] بدلًا معلومًا [(٥)] وأبعاضها غير مختلفة ؛ فوجب أن يصح العقد في ذلك الجزء إذا كان مما [(٦)] يصح إفراده به [(٧)] .

١٧٤٥٦ - أصله : إذا باع صبرة كل قفيز بدرهم [(٨)] ولأنه سمى أجرة معلومة لمدة معلومة مع جملة مجهولة ؛ فوجب أن يصح في المعلومة . أصله : إذا قال : أجرتك داري كل شهر بدرهم ، وكل شهر بعده بدرهم ، وأما إذا سكن من الشهر الثاني يومًا صح العقد فيه ، ولزم جميع الشهر بالمسمى [(٩)] .

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) روى ابن ماجه في سننه عن عكرمة عن ابن عباس قال : أَصَابَ نَبِيَّ اللَّهِ خَصَاصَة ، فَبَلَغَ ذَلِكَ عَلِيًّا فَخَرَجَ يَتَلَمَّسُ عَمَلًا يُصِيبُ فيهِ شيئًا لِيَقِيتَ بِهِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَأَتَى بسْتَانًا لِرَجُلٍ مِنَ الْيَهُودِ ، فاسْتَقَى لَهُ سَبْعَةَ عَشَرَ دَلْوًا كُلُّ دَلْوٍ بِتَمْرَةٍ ، فَخَيَّرَهُ الْيَهُودِيُّ مِنْ تَمْرِهِ سَبْعَ عَشْرَةَ عَجْوَة ، فَجَاءَ بِهَا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ - راجع سنن ابن ماجه . باب الرجل يستقى كل دلو بثمرة (٨١٨/٢) رقم (٢٤٤٦) ، تلخيص الحبير (٦١/٣) .

(٣) في (ص) : [جزء] وهو خطأ .   (٤) في (ص) : [معلوم] وهو خطأ أيضًا .

(٥) نظنها زائدة .   (٦) في (م) ، (ع) : [ما] .

(٧) ساقطة من (ن) .

(٨) هذا الأصل محل خلاف عند الأحناف ؛ حيث جوزه الإمام في القفيز الأول فقط وبنى عليه هذه المسألة بينما صححه الأصحاب في الجميع ، قال في تبيين الحقائق وهو في معرض التدليل على رأى المذهب في هذه المسألة : كما إذا باع صبرة من طعام كل قفيز بدرهم ، فإنه يجوز في قفيز واحد ، فكذا هذا ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر ؛ لأنه سوى بين البابين أي إجارة كل شهر بكذا وبيع كل قفيز بكذا ، وهما - محمد وأبو يوسف - وافقاه في الشهور وأجازا العقد في الكل في الصبرة . تبيين الحقائق (١٢٢/٥) ، والشافعية يصححون العقد في الجميع ، لو قال : بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم ، واختلفوا في قوله : بعتك من هذه الصبرة كل صاع بدرهم ، فصححه ابن سريج في صاع واحد ، وأبطله غيره في الجميع ، وسوى البعض بين الصورتين في الصحة . فتح العزيز (٣٤٥/١٢) . وإن كان هذا هو رأى الشافعية في مسائل الصبرة إلا أنهم فرقوا بينها وبين هذه المسألة للجهالة في العقد على الشهور بخلاف الصبرة فهي تنحصر بالكيل . راجع الحاوي (٢٦٢) .

(٩) هذا لأن العقد عند الأحناف بالنسبة الشهر الثاني يلزم بالتلبس أي بالدخول فيه ، أما قبله فلكل منهما الفسخ ، فإذا دخل فيه وسكن يومًا أو يومين وفقد أصبح لازمًا كالشهر الأول . قال في التبيين : وكل شهر سكن أوله ساعة صح فيه لأنه صار معلومًا ، فتم العقد فيه ، فلا يكون لأحدهما الامتناع عن المضي ، وهذا قول بعض المشايخ ، وهو القياس ، وفي ظاهر الرواية : لكل واحد منهما الخيار في الليلة الأولى من الشهر ويومها ، وبه يفتي ؛ لأن في اعتبار الساعة حرجًا عظيمًا . تبيين الحقائق (١٢٢/٥) .

١٧٤٥٧ - وقالوا : يجب فيه أجر المثل (١) وإن صححنا العقد في الشهر الأول .

١٧٤٥٨ - لنا : أَنَّ عَلِيًا ﷺ اسْتَوْفَى الْمُسَمَّى فِي الدَّلْوِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ وَلَمْ يُنْكِرِ النَّبِيُّ ﷺ عَلَيْهِ (٢) ، ولأنها ما (٣) تناولها العقد وأفردها بالتسمية ، فاستيفاء المنفعة فيها توجب التسمية كالشهر الأول .

١٧٤٥٩ - احتجوا : بأن المدة التي تناولها العقد مجهولة ، فكان العقد باطلًا كما لو (٤) قال : أجرتك مدة معشرة (٥) .

١٧٤٦٠ - قلنا : وهناك (٦) كل (٧) جزء من المدة لو أفرده لم يصح العقد فيه لجهالة بدله .

وهنا : لو أفرد الشهر الواحد [صح ، فإذا ضم إليه جملة مجهولة صح كما لو قال : أجرتك شهرًا بدرهم ، وكل شهر بدرهم .

١٧٤٦١ - قالوا : الشهر الواحد] (٨) معلوم إلا أنه ضم إليه جملة مجهولة ، فهو كقوله : بعتك هذا العبد بدرهم ، وكل عبد لي كل (٩) عبد بدرهم .

١٧٤٦٢ - قلنا : يبطل بما قال الشافعي : رحمه الله ، ولو أكرى حملًا بمكيلة ، وما زاد فبحسابه ، فهو في المكيلة جائز وفي الزيادة فاسد (١٠) وإن كان قد ضم جملة مجهولة إلى قدر معلوم .

١٧٤٦٣ - ثم عندنا : إذا جمع بين الصحيح والفاسد في غير المعقود عليه ؛ صح في الصحيح ، وبطل في الفاسد ؛ فلم يسلم ما قالوا (١١) .

* * *

(١) قال الماوردي : لا يخلو أن تصح الإجارة فلا يكون له فسخها من غير عذر ، أو تبطل فلا يخلو أن يقيم عليها مع العذر ، ويلزم أجرة المثل إن سكن دون المسمى . الحاوي (٢٦٣) . ويقصد أن له أجرة المثل في حالة سكنه وليس الأجر المتفق عليه .

(٢) ساقطة من (ن) ، (ص) ، (م) ، (ع) .

(٣) كذا بالنسخ ولعلها [مما] .

(٤) ساقطة من (ن) .

(٥) راجع المهذب (٥١٩/١) ، الحاوي ص (٢٦١) .

(٦) أي في قوله أجرتك مده .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) ما بين المعكوفتين ساقط من (م) ، (ع) .

(٩) في (م) ، (ع) : [وكل] .

(١٠) قاله الشافعي وقد سبق ذكره ، وراجعه في مختصر المزني (٨٨/٣) ، والحاوي ص (٣٧٥) .

(١١) في (ع) : [نسلم قالوا] .

انفساخ الإجارة بالموت

١٧٤٦٤ – قال أصحابنا : الإجارة تبطل بموت أحد المتعاقدين [١] .

١٧٤٦٥ – وقال الشافعي : لا تنفسخ بموت [٢] أحدهما ، وإذا ورث المستأجر وحده ففيه [٣] وجهان [٤] . [وإذا باع العين المستأجرة من المستأجر ففيه وجهان] [٥] .

١٧٤٦٦ – قالوا : الصحيح فيهما أن الإجارة باقية .

١٧٤٦٧ – لنا : قوله ﷺ : « إِذَا مَاتَ المَرءُ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلاَّ مِنْ إِحْدَى ثَلاَثٍ » [٦] .

١٧٤٦٨ – ظاهره يقتضي أن عقوده كلها [٧] تبطل بموته [٨] إلا ما دل عليه دليل ،

---

(١) راجع المبسوط (١٥٣/١٥) ، واللباب (١٠٥/٢) ، البدائع (٢٢/٤) .

(٢) في (م) ، (ع) :] في موت [. قال المزني : ولا تنفسخ بموت أحدهما إن كانت الدار قائمة . راجع : مختصر المزني (٨١/٣) الأم (٢٥٥/٣) المهذب (٥٣٣/١) الحاوي صـ٢٨ ، فتح العزيز (١٧٨/٣) مغني المحتاج (٣٥٦/٢) وبقول الشافعي قال مالك وأحمد وإسحاق . راجع بداية المجتهد (١٧٣/٢) كشاف القناع (٥٦٧/٣) .

(٣) في (م) ، (ع) : [فيها] .

(٤) أفرد الشافعية هذه الصورة بمسألة خاصة بها وكلامهم فيها يخالف ما ذكره المصنف هنا . قال الماوردي : وإذا استأجر رجل من أبيه دارًا سنة ودفع إليه الأجرة ثم مات الأب المؤجر ، نظر ، فإن لم يكن له غير هذا الابن المستأجر فقط سقط حكم الإجارة لأنه صار مالكًا للدار ، والمنفعة إرثًا فامتنع بقاء عقده على المنفعة كما لو تزوج أمته ثم ورثها بطل نكاحها . . فلو كان للأب ابن آخر انفسخت الإجارة في نصف الدار ، وهو حصة المستأجر ، ولزمت في حصة الابن الآخر ، ورجع المستأجر منهما بنصف الأجرة في تركة أبيه ؛ لأنها صارت دينًا عليه . راجع الحاوي صـ ٢٢٤ وما ذكره المصنف لم نعثر على أحد قال به من الشافعية ، ولا وجه له ؛ إذ لا معنى لبقاء الإجارة بعد أن ملك العين والمنفعة : ولمن يدفع الأجرة إذا لم يكن وارث غيره ؟.

(٥) ما بين المعكوفين ساقط من (م) ، (ع) . ومسألة بيع العين المؤجرة من المستأجر تأتي بعد .

(٦) من حديث أبي هريرة عن النبي ﷺ وتمامه : « صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ » راجع الأدب المفرد للبخاري صـ ٣٠ ، « مسلم كتاب الوصية » باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته (١٢٥٥/٣) ، سنن الترمذي (٦٦٠/٣) رقم ١٣٧٦ ، سنن أبي داود باب ما جاء في الصدقة على الميت (٣٠٠/٣) رقم (٢٨٨٠) ، تلخيص الحبير - الوقف (٧٨/٣) رقم (١٣١١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [عقودها] وهو خطأ .

(٨) ربما كان المراد من الحديث انقطاع إنشاء العقود بالموت وليس أثرها ؛ إذ المعلوم أن عقد الإجارة وقع في =

ولأنه عقد يقصد به المنفعة حال الحياة ، فوجب أن لا يبقى بعد موت من عقد له ووجب [1] أن يرتفع إذا مات من عقد له . أصله [2] : النكاح .

١٧٤٦٩ - ولا يلزم الوصية بالمنافع ؛ لأنها ترتفع بموت الموصى له ، فأما موت الموصي فيوجد قبل وقوع العقد فلا يؤثر فيه .

١٧٤٧٠ - ولا يلزم إذا زوّج أمته ثم مات ؛ لأن العقد يقع لها ، بدلالة أن مقاصد النكاح التي تثبت للزوجة تثبت لها ، وإنما يستحق المقر له المهر وليس هو من مقاصده ، ولأنه ينتقل إليها ثم يملكه الولي من جهته كما يملك أكسابه [3] .

١٧٤٧١ - ولا يلزم إذا مات المؤجر وفي الأرض زرع [4] ؛ لأن العقد ارتفع ، وإنما يبقى حكمه ، وتبقية الزرع بالمسمى لا يدل على بقاء العقد ، لكن التسمية صحت في المنافع ابتداء ، فإذا استوفيت على وجه مأذون ؛ تثبت [5] التسمية .

١٧٤٧٢ - فإن قيل : النكاح لا يرتفع بالموت ، لكن مضت المدة المعقود عليها ؛ لأن النكاح يتوقت بالحياة .

١٧٤٧٣ - قلنا : النكاح لا يتوقت [6] وإنما يتأبد فما حدث [7] مما يقطع التأبيد .

١٧٤٧٤ - لا يقال [8] . إن العقد انتهى بوجوده كما لو هلك المبيع قبل القبض ، ولا يقال : إن البيع كان مؤقتًا بذلك .

= حال الحياة ، والانتفاع بمنفعة المؤجر هو أثر العقد المترتب عليه ، ولم يقل أحد بأن أثر العقد الصحيح يبطل بالموت . والدليل على ذلك : عقد البيع والهبة وغيرهما من العقود ، فإنّ أثر العقد فيهما يظل بعد موت أحد المتعاقدين ولا يتأثر بالموت .

(١) في (ن) : [أو موجب] .

(٢) في (م) ، (ع) : [إصلاح] وهو خطأ .

(٣) في (م) : [اكتسابه] .

(٤) قال في البدائع : ولو مات أحد من وقع له عقد الإجارة قبل انقضاء المدة وفي الأرض زرع لم يستحصد يترك ذلك في الأرض إلى أن يستحصد ، ويكون على المستأجر وعلي ورثته ما سمى من الأجر ؛ لأن في الحكم بالانفساخ وقلع الزرع ضررا بالمستأجر ، وفي الإبقاء من غير عوض ضرر بالوارث ، ويمكن توفير الحقين من غير ضرر بإبقاء الزرع إلى أن يستحصد بالأجر ، فيجب القول به ، وإنما وجب المسمى استحسانًا ، والقياس أن يجب أجر المثل لأن العقد انفسخ حقيقة بالموت ، وإنما بقيناه حكمًا فأشبه العقد . راجع البدائع (٢٢٣/٤) .

(٥) في (م) ، (ع) : [ثبت] .

(٦) في (م) ، (ع) : [لا يتوقت بالنكاح] .

(٧) في (م) ، (ع) : [فما حذف] وهو خطأ .

(٨) في (ص) ، (ن) : [ولا يقال] .

١٧٤٧٥ - يبين هذا أن المبيع كان يجوز أن يبقى فيكون العقد بحاله ، وكذلك كان يجوز أن لا يموت الزوج فيبقى النكاح بحاله .

١٧٤٧٦ - فإن قيل : إذا مات الزوج فالاستباحة [1] لا تنتقل إلى الورثة ولا يجوز أن ينتقل الملك فيها حال حياته ، ولا يجوز أن يستوفى له بالنيابة [2] وإن ماتت المرأة تلف المعقود عليه [3] فهو كتلف العبد المستأجر .

١٧٤٧٧ - [قلنا : والمنافع في الإجارة ينتقل الملك من جهة المستأجر لها] [4] لأنه يتملك المنافع حالًا [5] فحالًا [6] فيملكها المستأجر من جهته ، فإذا مات ؛ لم يجز أن يتملك بعد الموت فلم يصح أن يتملكها الوارث من جهته ، فساوت الإجارة النكاح بعد الموت وإن اختلفا [7] في حال الحياة .

١٧٤٧٨ - فإن قيل : الزوج معقود عليه [فبطل العقد بموته .

١٧٤٧٩ - قلنا : المعقود عليه [8]] من جهة الزوج : المهر ، والزوج معقود له كما أن المستأجر يعقد [9] على الأجرة وهو معقود له .

١٧٤٨٠ - فإن قيل : المعنى في النكاح أنه غير لازم من جهة الزوج ؛ فلذلك انفسخ بالموت .

١٧٤٨١ - قلنا : الرهن [10] غير لازم من جهة المرتهن ، ولا يبطل بموته ولا بموت

---

(١) في (م) ، (ع) : [بالاستباحة] وهو خطأ .
(٢) في (م) ، (ع) : [بالبناء] وهو خطأ .
(٣) وهو استباحة البضع .
(٤) ساقط من (ن) .
(٥) هذا على رأي الأحناف ، فهم يرون أن عقد الإجارة بمثابة عقود متفرقة .
(٦) في (ن) : [فحال] وهو خطأ .
(٧) في (م) ، (ع) : [اختلف] وهو خطأ لأن الضمير عائد على الإجارة والنكاح .
(٨) ساقط من (ن) .
(٩) في (م) ، (ع) : [يعتقد] .
(١٠) الرهن لغة : الدوام والثبوت والحبس قال تعالى : ﴿ كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ ﴾ سورة المدثر : ٣٨ ، أي مرهونة بمعنى محبوسة ، ويطلق الرهن لغة على العقد ، وعلى الشيء المرهون من باب إطلاق المصدر وإرادة المفعول وجمعه رهان ، ورهن ورهون . راجع مختار الصحاح « رهن » ٢٨١ ، القاموس المحيط باب النون فصل الراء (٢٣٣/٤ ، ٢٣٤) . وشرعًا : اختلف الفقهاء في تعريف الرهن تبعًا لاختلافهم في شروطه وما يصح به . فعند الأحناف : هو جعل الشيء محبوسًا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون . وعند الشافعية : جعل عين متمولة وثيقة بدين ليستوفى منها عند تعذر وفائه ، وعلى هذا فيكون الدائن وهو المرتهن والمدين وهو الراهن ، والرهن عقد له طرفان : طرف لازم ، وطرف جائز . فهو لازم في حق الراهن إذا قبضه المرتهن وجائز في حق المرتهن بمعنى أنه يجوز له أن يفسخ العقد من جهته إذا شاء ، لأنه قبض الرهن توثقًا لدينه =

الراهن [١] .

١٧٤٨٢ - ولأنه يقبل التوقيت فمطلقه يقع على حال الحياة كالوكالة والعارية .

١٧٤٨٣ - فإن قيل [٢] : المعنى في الوكالة أنها عقد جائز من الطرفين ، وليس كذلك الإجارة لأنها لازمة من الطرفين .

١٧٤٨٤ - قلنا : الرهن لازم من جهة الراهن غير لازم من جهة المرتهن ، ولا يبطل بموت من ليس بلازم من جهته ، كما لا يبطل بموت من هو لازم من جهته ، فسقط اعتبار اللزوم في الفسخ .

١٧٤٨٥ - ولأنه عقد يوجب [٣] التصرف في العين من غير انتقال ملكها ؛ فوجب أن ينقطع بموت المعقود له ؛ كالشركة والمضاربة والوكالة والعارية والنكاح [٤] وعكسه البيع . ولأنه معنى [٥] ينقضي بانقضاء المدة ، فوجب أن ينقطع بموت المستحق ،

= فإن وثق بذمة المدين كان له أن يسقط هذا الحق الذي جاء الرهن توثيقا له بل له أن يسقط الدين نفسه ، فكذا الرهن . وليس للراهن ذلك لأن ذمته مشغولة بدين المرتهن والرهن وثيقة لذلك . راجع المبسوط (٦٣/٢١) ، المهذب (٤٠٥/١) .

(١) هذا هو رأي الأحناف ، لكن الشافعية اختلفوا في فسخ الرهن بالموت ، فمنهم من قال في المسألة قولان : أحدهما : ينفسخ بموتهما ، لأنه عقد لا يلزم بحال فانفسخ بموت العاقد كالشركة والوكالة ، والثاني : لا ينفسخ ، لأنه عقد يؤول إلى اللزوم كالبيع في مدة الخيار ، ومنهم من قال : يبطل بموت الراهن دون المرتهن ، ومنهم من قال : لا يبطل بموت واحد منهما . راجع المهذب (٤٠٥/١) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) . (٣) في (م) ، (ع) : [موجب] .

(٤) قال الماوردي : رادًا هذا القياس : « وأما الجواب عن قياسه على النكاح والمضاربة فمع انتقاضه بالوقف فهو إن رده إلى النكاح فالنكاح لم يبطل بالموت وإنما انقضت مدته بالموت ، فصار كانقضاء مدة الإجارة - وقد سبق رد المصنف عن مثل هذا الاعتراض - وإن رده إلى المضاربة والوكالة فالمعنى فيهما عدم لزومهما في حال الحياة وجواز فسخهما بغير عذر ، وليست الإجارة كذلك للزومها في حال الحياة . راجع الحاوي (٢١٦) . وقال الشيرازي : قالوا : عقد على المنفعة فانفسخ بموت المعقود له كالنكاح والعارية والقراض ، قلنا : يبطل إذا زوج أمته ثم مات ، ثم إن النكاح لا يبطل بموت الزوجين بل ينتهي بالموت ؛ لأنه معقود إلى الموت ، فهو كالإجارة إذا انتهت ، ولذا يتعلق به الميراث والعدة وجواز الغُسْل ، ثم الزوجان معقود عليهما ؛ ولهذا يجب تعيينهما ، فوزانه من الإجارة أن يؤجر نفسه ثم يموت ، والعاقد ههنا غير معقود عليه ، فوزانه من النكاح أن يزوج أمته ثم يموت ، وأما العارية : فهي إباحة ، ولهذا لا يملك المستعير أخذ العوض عنه ، فهو كالطعام إذا أبيح له ، وهذا تمليك ، ولهذا يملك المستأجر أخذ العوض عنه ؛ فهو كالطعام المشترى ، ثم المعنى في العارية والقراض أنهما من العقود الجائزة وهذا من العقود اللازمة ؛ فهو كالبيع . النكت ورقة ١٦٧ .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

ولأن ملك المؤجر زال عما أجره ، فلم يجز استيفاء المنافع بحكم عقده [١] أصله : إذا أجره [٢] داره في أول رجب ثم مات في [٣] أول شعبان .

١٧٤٨٦ - احتجوا : بأنه عقد معاوضة محضة ليس لأحد المتعاقدين فسخه بغير عذر ، فوجب أن لا ينفسخ بالوفاة . [أصله : البيع ، ولأنه عقد يملك به ما يملك نقله إلى غيره ؛ فوجب أن لا ينفسخ بالوفاة [٤]] . أصله : البيع .

١٧٤٨٧ - قلنا : يبطل إذا مات العبد المستأجر [٥] .

١٧٤٨٨ - قالوا : لا يبطل العقد بموته [٦] لكن بتلف [٧] المعقود عليه [٨] بدلالة أنه [٩] لو استأجر للخياطة فقطعت يده بطل العقد .

١٧٤٨٩ - قلنا : وكذلك نفعل : إن الإجارة لا تنفسخ بالموت ، وإنما تنفسخ بانتقال الملك في العين المستأجرة ، بدلالة أن المؤجر لو باعها يرضي المستأجر بطل العقد أيضًا .

١٧٤٩٠ - ثم المعنى في البيع أنه عقد على عين [١٠] والأعيان تورث ، والإجارة عقد على منفعة والمنافع لا تورث .

١٧٤٩١ - يدل على ذلك : أن من أوصى بجاريته لواحد وبحملها لآخر [١١] فمات الموصي / ورد الموصى [١٢] له بحمل [١٣] الوصية كان الحمل للورثة ، والجارية للموصى له ١٩٨/ب

(١) في (م) : [عقد] .
(٢) في (م) ، (ع) : [أجر] .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٤) ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) أي إذا مات العبد المستأجر للخدمة بطلت الإجارة ، والحق أن هناك فارق بين موت العبد هنا وبين موت أحد العاقدين ؛ لأن العبد هنا معقود على منافعه ، فهو بمثابة الدار المؤجرة إذا انهدمت ، وهذا عيب تفسخ به الإجارة باتفاق خلافًا لموت أحد العاقدين فالعين والمنفعة كلاهما لا خلل به .
(٦) راجع مغني المحتاج (٢ / ٣٥٦) ، المهذب (١ / ٥٣٣) ، الحاوي ص (٢١٢) .
(٧) « تلف » بالنسخ وصوابها ما أثبتناه : [بتلف] .
(٨) قاله الماوردي ردًا على قول المصنف : يبطل إذا مات العبد المستأجر ، فقال : « فإن قيل ينقضه بموت من أجر نفسه لم يصح ؛ لأن العقد إنما يبطل بتلف المعقود عليه لا بموت العاقد ، ألا تراه لو كان حيًا فمرض بطلت الإجارة ، وإن كان العاقد حيا . الحاوي صـ (٢١٢) .
(٩) ساقط من : (ن) .
(١٠) في (ن) : [غير] .
(١١) في (ن) ، (م) ، (ع) : [وتحملها الآخر] وهو خطأ .
(١٢) في (م) ، (ع) : [للموصى] .
(١٣) كذا في (ص) ، (ن) وفي (م) ، (ع) : [لها بحمل] وأعتقد أن كلاهما خطأ والصواب [بحملها] .

برقبتها . ولو أوصى لرجل بجاريته وبخدمتها لآخر فمات الموصِي وردَّ الموصىَ له بالخدمة [١] الوصية كانت المنافع للموصىَ له بالرقبة . ولو كانت المنافع تورث كما أن العين تورث لاستحق [٢] الورثة الخدمة كما استحقوا الحمل [٣] ، أو نقول : المعنى في البيع : أن العقد لا ينفسخ فيه بتلف المعقود عليه بعد القبض [٤] فلم نسلم أنه [٥] ينفسخ بالموت ، والإجارة تنفسخ بتلف المعقود عليه بعد قبض العين المستأجرة ، فكذلك انفسخ بالموت [٦] .

١٧٤٩٢ - قالوا : عقد على منفعة ليس له فسخه من غير عذر ، فوجب أن لا ينفسخ بوفاته . أصله : النكاح [٧] .

١٧٤٩٣ - قلنا : يبطل إذا زوج أمته من وارثه فمات المولى وورثها [٨] الزوج .

١٧٤٩٤ - فإن قالوا [٩] : لا نفسخ النكاح بموت المولى لكن بملك الزوج لها .

١٧٤٩٥ - قلنا : كذلك نقول في الإجارة إنها لا تبطل بالموت ، وإنما تبطل بانتقال الملك في الرقبة على ما قررنا . والمعنى في النكاح : أنه أجرى مجرى العقد على العين ، ولهذا لا يقبل التوقيت ، والأعيان لا يبطل العقد [١٠] عليها بالموت ، والإجارة عقد على المنافع ، والعقود المختصة بالمنافع تبطل بالموت كالعارية .

١٧٤٩٦ - ولأن عقد النكاح يقع للأمة ، بدلالة أن مقاصد المرأة من النكاح تحصل لها وتحتق [١١] فلا يبطل العقد مع زوال ملك المولى ، والمهر إنما يملكه المولى من جملتها ، فلما وقع العقد لها لم يبطل بموت العاقد كما لا تبطل الإجارة بموت الوكيل ،

---

(١) في (ن) : [الخدمة] . (٢) في (م) ، (ع) : [لاستحق] .
(٣) راجع المبسوط (١٥/١٥٤) . وجاء في نهاية المحتاج ما يشير إلى أن المنافع تعود للورثة أيضًا لا إلى مالك الرقبة . قال : والمتجه فيما لو أوصى بمنفعة عبد لزيد وبرقبته لآخر فرد زيد الوصية رجوع المنافع للورثة . « نهاية المحتاج (٥/٣٢٨) . (٤) في (م) ، (ع) : [قبل قبض] وهو خطأ .
(٥) ساقطة من (ن) .
(٦) أجاب الماوردي على هذا القياس قائلًا : وأما الجواب عن قياسه على انهدام الدار وهو معنى كلام المصنف هنا أن الإجارة تنفسخ بتلف المعقود عليه بعد قبض العين ، فهو أن المعنى فيه فوات المعقود عليه ، قبل قبضه . الحاوي صـ ٢١٦ . ويقصد الإمام الماوردي بذلك أنه لما انهدمت الدار تعذر استيفاء المنفعة المعقود عليها لهلاك العين ، ومن المعلوم أن المعقود عليه في الإجارة إنما هو المنفعة لا العين خلافًا للبيع ، فإن المعقود عليه هو المبيع .
(٧) قال الماوردي في الحاوي : عقد لازم على منافع ملكه فلم يبطل بموته كالنكاح على أمته . انظر الحاوي (٢١٣) .
(٨) في (م) ، (ع) : [ورثها] . (٩) في (م) ، (ع) : [قلنا] وهو خطأ .
(١٠) في (ن) : [في العقد] . (١١) في (ن) : [ويحتق] وهو خطأ .

وليس كذلك الإجارة ؛ لأنها وقعت للمولى ، وعقود المنافع تبطل بموت من وقع له العقد كالعارية والمضاربة [١] .

١٧٤٩٧ - قالوا : عقد على منفعة عين ليس له فسخه [٢] من غير عذر ، فوجب أن لا ينفسخ بوفاته . أصله : الناظر [٣] في الوقف إذا أجره ثم مات [٤] .

١٧٤٩٨ - قلنا : العقد لم يقع للمولى وإنما وقع لغيره فلا يبطل بموت من لم يقع العقد [٥] له [٦] ، والعقد على المنفعة يبطل بموت من عقد له كالعارية .

١٧٤٩٩ - قالوا : عقد لازم على ما يجري فيه الإرث ، فوجب أن لا يبطل بموت العاقد وينتقل المعقود عليه إلى الوارث [٧] . أصله : البيع .

١٧٥٠٠ - قلنا : لا نسلم أنه لازم ؛ لأنه يفسخ عندنا بغير عذر ، وهذا يمنع اللزوم [٨] ، ولا نسلم أن العقد وقع على ما يجري فيه الإرث ؛ لأن المنافع لا تورث عندنا ، وقد بينا ذلك [٩] والمعنى في البيع أنه يقع على الأعيان ، والأعيان تنتقل بالعقد وبالموت . والإجارة تقع على المنافع وهي لا تنتقل بالموت ؛ بدلالة أن سبب ملكها لابد أن يضاف إلى أوقات حدوثها في المستقبل ، فإذا سمى شهرًا ملك ذلك الشهر ، والميراث ينتقل بالموت وبالموت لا يجوز أن يضيف الملك إلى أوقات مستقبلة ، وإنما

---

(١) قال الشيرازي : وأما العارية : فهي إباحة ، لهذا لا يملك المستعير أخذ العوض عنه ، كالطعام إذا أبيح له فلا يكون له تمليكه ، لكن يملك المستأجر أخذ العوض عنه فهو كالطعام المشترى ، ثم المعنى في العارية والقراض أنها من العقود الجائزة ، وهذا من العقود اللازمة ؛ فهو البيع . النكت ورقة ١٦٦ .

(٢) في (م) ، (ع) : [نفعه] وهو خطأ .

(٣) في (ن) ، (م) ، (ن) : [النظر] وهو خطأ وناظر الوقف هو القائم على أمره .

(٤) قال الماوردي : إنه عقد إجارة يمكن استيفاء المنفعة فيه ، فوجب ألا يبطل بموت المؤجر كالوقف . انظر الحاوي صـ ٢١٥ .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) « له » غير موجودة بالنسخ ، وقد زدناها فتكون العبارة فلا يبطل بموت من لم يقع العقد له .

(٧) راجع مغني المحتاج (٣٥٦/٢) ، الحاوي (٢١٣) .

(٨) هذا يخالف ما عليه مذهب الأحناف ؛ فإن عقد الإجارة عندهم عقد لازم ليس لأحد العاقدين فسخه من غير عذر ، والذي قال بأن العقد فيها جائز هو شريح ، قال في الأصل : عن شريح من استأجر بيتًا فمتى ألقى مفاتيحه إلى صاحبه فهو بريء من الإجارة ، وقال أبو حنيفة : ليس له ذلك إلا من عذر .. راجع الأصل لمحمد بن الحسن مخطوط بدار الكتب المصرية رقم ٣٤ ميكرو فيلم رقم ٣٦٥٩١ ورقة ٣٧ .

(٩) يقصد بذلك قوله السابق : إذا أوصى بعبده لفلان وبخدمته لآخر فرد الموصى له بالخدمة الوصية ملكها الموصى له بالرقبة وليس الورثة ؛ لأن المنافع لا تورث .

يصح ذلك في العقود [١] فلهذا لا تنتقل المنافع بالموت ، وأما الأعيان : فسبب ملكها لا يجب إضافته إلى [٢] وقت مستقبل فصح أن يملك بالموت .

١٧٥٠١ - قالوا : حق المرتهن يتعلق بعين الرهن ويستوفي الحقَ من ثمنه ، ولا يزول ملك المالك عن رقبته ، كما أن حق المستأجر يتعلق برقبه الدار يستوفي حقه فيها ولا يزول ملك المكرِي عن رقبتها ثم [٣] لم ينفسخ الرهن بموت الراهن [٤] كذلك الإجارة [٥] .

١٧٥٠٢ - قلنا : عقد الرهن في حكم العقد على الأعيان بدلالة أنه لا يقبل التوقيت [٦] ويصح مع الإبهام ، وعقود الأعيان [لا [٧]] تبطل بالموت ، والإجارة عقد على المنفعة بدلالة قبوله [٨] للتوقيت فبطل بالموت كالعارية .

١٧٥٠٣ - ولأن الرهن يعقد لقضاء الدين ؛ فإن مات الراهن [فقضى الدين واحد] [٩] عن وارثه ، فلم يبطل عقد القضاء بموته ، فأما الإجارة فتنعقد لاستيفاء المنافع ، والموت يؤثر [١٠] في عقود المنافع بدلالة ما قدمنا .

١٧٥٠٤ - قالوا : المنافع تملك بالوصية ، وما ملك بالوصية ملك بالميراث كالأعيان [١١] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [المعقود] . (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (ن) . (٤) في (ن) : المراهن وهو خطأ .

(٥) قال الماوردي : « ولأن منافع الأعيان مع بقاء ملكها قد تستحق بالرهن تارة وبالإجارة أخرى ، فلما كان ما تستحق منفعة ارتهانه إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان رهنه ؛ وجب أن يكون ما استحقت منفعته بالإجارة إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان إجارته . وقد استدل الشافعي بهذا في الأم أيضًا . راجع : الأم (٢٥٥/٢) .

(٦) قال في البدائع وهو يعدد شرائط الرهن : وأما الذي يرجع إلى نفس الرهن فهو أن لا يكون معلقًا بشرط ، ولا مضافًا إلى وقت ؛ لأن في الرهن والارتهان معنى الإيفاء والاستيفاء ، فيشبه البيع ، وأنه لا يحتمل التعليق بشرط الإضافة إلى وقت كذا . البدائع (١٣٥/٦) .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) . (٨) ساقط من (ن) .

(٩) كذا بالنسخ ولعل صوابها [فقضاء الدين واجب] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [مؤثر] .

(١١) جاء في الأم : الرجل يوصي للرجل برقبة داره ، ولآخرأنْ ينزلها في كل سنة عشرة أيام ، ثم يموت الموصى له برقبة الدار ، فيملك وارثه الدار ، فإن أراد منع الموصَى له بالنزول قيل : ليس ذلك لك ، أنت للدار مالك ، ولهذا شرط في النزول ، ولا تملك عن أبيك إلا ما كان يملك ، ولا يكون لك فيها أكثر مما كان له . راجع الأم (٢٥٦/٣) .

١٧٥٠٥ - قلنا [١] : الثمرة [٢] المعدومة تملك بالوصية ، ولا يجوز أن تملك الثمرة المعدومة بالميراث .

١٧٥٠٦ - ولأن الوصية عقد بيع بعد الموت ، والملك في الرقبة ينتقل بالموت ؛ فيستحق المنفعة ابتداء مع حصول الرقبة للوارث [٣] فلذلك لم يؤثر في هلاكها موت الموصِي ، والمنفعة في الإجارة عقدت على ملك المؤجِر ؛ فموته يؤثر فيها .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٢) في (م) ، (ع) : [كالثمرة] .
(٣) في (ن) : [الوارث] .

مدة الإجارة

١٧٥٠٧ - قال أصحابنا : تجوز الإجارة أكثر من سنة [١] .

١٧٥٠٨ - وقال الشافعي في أحد أقواله : لا تجوز أكثر من سنة . و [٢] ما زاد على السنة ، قالوا: فيه قولان : أحدهما : تجوز ما شاء ، والآخر : لا [٣] تجوز أكثر من ثلاثين سنة [٤] .

١٧٥٠٩ - وأما إذا [٥] أجر الشيء مدة لا يبقى إليها ، مثل : أن يؤجر عبده على [٦] مائتي سنة ؛ فلا يجوز عندهم قولًا واحدًا [٧] .

(١) وافق الأحناف جمهور الفقهاء عدا الشافعي . راجع البدائع (١٨١/٤) ، الهداية (٧/٨) ، بداية المجتهد لابن رشد (١٧١/٢) ط دار الفكر ، الشرح الصغير (٣٠٧/٣) ط المعاهد الأزهرية ، المغني (٥/ ٤٣٧) .

(٢) ساقط من (ن) . (٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) يتفق المصنف هنا مع صاحب الحاوي الذي ردَّ الأقوال في الزائد على السنة إلى قولين . أحدهما : لا يجوز أكثر منها : والثاني : يجوز ، ثم جعل ما اعتبرته عامة كتب الشافعية قولين تفسيرًا للجواز ، وهما : ما شاء ، والآخر : ثلاثين سنة . قال الماوردي : وللشافعي فيما زاد على السنة قولين . أحدهما : لا تجوز أكثر من سنة .. والثاني : وهو أصح القولين أن الإجارة تجوز أكثر من سنة ، قال الشافعي هنا « أي في الإجارة . ثلاثين سنة : وقال في كتاب الدعوى والبينات : ما شاء . راجع الحاوي صـ ٢٥٠ . وما سارت عليه كتب المذهب الشافعي من اعتبار أقوال الشافعي في المسألة ثلاثة أقوال أولى مما سار عليه الإمام الماوردي والقدوري . والحاصل أن للشافعي في هذه المسألة ثلاثة أقوال : أحدها : موافق لرأي الجمهور لا حدَّ لأكثرها ، والثاني : تجوز ثلاثين سنة . والثالث : لا تجوز أكثر من سنة . جاء في المهذب : واختلف قوله في أكثر مدة الإجارة والمساقاة ، فقال في موضع : سنة ، وقال في موضع : يجوز ما شاء ، وقال في موضع : يجوز ثلاثين سنة . فمن أصحابنا من قال فيه ثلاثة أقوال : إحداها لا تجوز بأكثر من سنة ؛ لأنه عقد على غرر أجيز للحاجة ، ولا تدعو الحاجة إلى أكثر من سنة ؛ لأن منافع الأعيان تتكامل في سنة . والثاني : تجوز ما بقيت العين ؛ لأن كل عقد جاز إلى سنة جاز إلى أكثر منها ، كالكتابة والبيع إلى أجل ، والثالث : أنه : لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة ؛ لأن الثلاثين شطر العمر ، واعتبار الأقوال ثلاثة أو قولين عند الشافعية لا يترتب عليه ثمرة ؛ لأن وجهة نظر المذهب محصورة فيها على أي حال . راجع المهذب (١٥٣/١) ، مغني المحتاج (٣٤٩/٢) ، نهاية المحتاج (٣٠٥/٥ ، ٣٠٦) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) . (٦) ساقطة من (ن) .

(٧) قال في فتح العزيز : قال معظم الأصحاب : يجب أن تكون المدة بحيث يبقى إليها ذلك الشيء غالبًا ، فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة ، والدابة إلى عشر سنين ، والثوب إلى سنتين أو سنة على ما يليق به ، =

١٧٥١٠ - لنا : قوله تعالى : ﴿ قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ ﴾ [(١)] وما جاز في شرعية من قبلنا فهو جائز في شرعنا إلا أن يمنع منه دليل [(٢)] .

١٧٥١١ - ولأنها مدة معلومة فجاز عقد الإجارة عليها : أصله السَّنَة . ولأن كل مدة جاز أن تكون أجلًا في الديون جاز أن تكون مدة في [(٣)] الإجارة كالسنة . ولأنه عقد يجوز أن يشترط فيه مدة سنة فجاز أن يشترط ما زاد عليها ، كالبيع والكتابة [(٤)] .

١٧٥١٢ - احتجوا : بأن القياس يمنع الإجارة لأنها تنعقد على منافع « معدومة » [(٥)] وإنما جوزناها للضرورة ، فوجب أن يجوز منها مقدار ما تدعو إليه الضرورة ، وذلك سنة ؛ لأن في الإجارات ما لا يتكامل منافعه إلا في سنة ، وهو الأرض المستأجرة للزراعة ، وما زاد على ذلك لا تدعو الحاجة إليه [(٦)] .

١٧٥١٣ - قلنا : هذا كلام من يرى تخصيص العلة [(٧)] ، والشافعي رحمه الله لا يقول

= والأرض إلى مائة أو أكثر . راجع فتح العزيز (٣٣٦/١٢) وقد فسر في مغني المحتاج الحكم إذا زاد على هذا الحد ، فقال : « فلو أجره مدة لا تبقى إليها غالبًا فهل يبطل في الزائد فقط ؟ أقول : القياس نعم ، وتتفرق الصفقة » . مغني المحتاج (٣٠٥/٢) . ومعنى هذا : أنه لو أجره الشيء مدة لا يبقى المعقود عليه إليها غالبا فإنه يصح فيما يبقى ويبطل في الزائد .

(١) سورة القصص : الآية : ٢٧ .

(٢) هذه مسألة خلافية بين العلماء ، وهي التعبد بشرع من قبلنا ، والأصل فيها الخلاف في أنه عليه السلام هل كان متعبدًا بشرع من قبله أم لا ؟ وهو لا يخلوا من إحدى حالتين : قبل النبوة ، أو بعدها أما بعد النبوة : فعند المعتزلة وكثير من الفقهاء أنه لم يكن متعبدًا بشرع أحد . وقال قوم من الفقهاء : بل كان متعبدًا بذلك إلا ما استثناه الدليل الناسخ ، ثم اختلفوا فقال قوم : كان متعبدًا بشرع إبراهيم ، وقيل : بشرع موسى ، وقيل : بشرع عيسى . أما قبل النبوة : فقد أثبته قوم ، ونفاه آخرون ، وتوقف فيه فريق ثالث . راجع المحصول (٥١٨/١) ، والإحكام (١٩٠/٤) .

(٣) ساقطة من (ن) .

(٤) في (ص) ، (م) ، (ع) : [الإجارة] وهو خطأ .

(٥) في (ن) : [معلومة] وهو خطأ .

(٦) راجع المهذب (١٥٣/١) ، مغني المحتاج (٣٤٩/٢) ، الحاوي (٢٤٩) .

(٧) قال الأسنوي : تخصيص العلة جوزهُ بعضهم ، ومنعه الشافعي وجمهور المحققين . راجع التمهيد للأسنوي صـ (٣٦٨) ، المحصول (٥٦١/٢) ، شرح البدخشي لمحمد بن الحسن البدخشي (٧٩/٢) طـ محمد علي صبيح . وتخصيص العلة معناه : إذا وجد فرع علة الأصل وفقد حكم الأصل فيه ، فهل يدل ذلك على فساد العلة وانتقاضها أو يبقيها علة ولكن يخصصها بما وراء موقعها ؟ فقال قوم : إنه ينقض العلة ويفسدها ويبين أنها لم تكن علة ولو كانت علة لاطردت ووجد الحكم حيث وجدت . وقال قوم : تبقى علة =

بذلك ، ثم الحاجة قد [١] تدعو إلى ما زاد على السنة ، لأن المستأجر الأرض للزراعة يعمرها في السنة الأولى ، وقد لا يتكامل انتفاعه بها ، فهو يعقد على أكثر من سنة ليحصل له الانتفاع بما [٢] عمره في السنة الأولى ويستأجر [٣] ويكره أن ينتقل [٤] منها كل سنة ، فيعقد على أكثر من ذلك ليحصل له الغرض [بالاستقرار] [٥] .

١٧٥١٤ - واحتجوا [٦] لقول الذين قالوا ثلاثين سنة بأنها نصف العمر ، فإذا أجر بتعين فيها في الغالب . [قلنا] [٧] : فتزيد [٨] الأجرة أو تنقص أو تخرب الدار ؛ [قلنا] اختلاف السعر في « المعقود » [٩] عليه لا يؤثر في العقود ، وأما خراب الدار إذا حدث . فيثبت [١٠] للمستأجر الخيار كما لو حدث قبل هذه المدة) .

١٧٥١٥ - قلنا : إذا عقد مدة لا يبقى المعقود عليه فيها غالبًا فمن أصحابنا من أجاز العقد ، وعلى قوله يستمر العمل [١١] ، ومنهم من قال : لا يجوز ذلك [١٢] .

= فيما وراء النقض وتخلف الحكم عنها يخصصها ، ومثال العلة المخصصة : إيجاب صاع من التمر في لبن المصراة ، فإن علة إيجاب المثل في المثليات المتلفة تمثل الأجزاء ، والشرع لم ينقض هذه العلة إذ عليها تعويلنا في الضمانات ، لكن استثنى هذه الصورة .. وكذلك صدور الجناية من الشخص علة وجوب الغرامة عليه ، فورود الغرامة على العاقلة لم ينقض هذه العلة ، ولم يفسد هذا القياس ، لكن استثنى هذه الصورة فتخصص العلة بما وراءها . راجع المستصفى للإمام الغزالي (٣٣٧/٢) ط الكتب العلمية بيروت .

(١) في (م) ، (ع) : [وقد] .

(٢) في (ن) : [بها] .

(٣) كذا بالنسخ ولعل صوابها [واستأجره] أو تكون زائدة .

(٤) في (م) ، (ع) : [ينقل] .

(٥) « باستقرار » هو ما جاء في النسخ ، ولعل صوابها ما أثبتناه .

(٦) في (م) ، (ع) : [احتجوا] راجع احتجاجهم في المهذب (١٥٣/١) ، فتح العزيز (٣٣٤/١٢) ، والحاوي ٢٥٢ .

(٧) زائدة .

(٨) في (م) ، (ع) : [فترد] وهو خطأ .

(٩) في (م) ، (ع) : [العقود] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [ثبت حدث] .

(١١) في (ن) : [لعلل] .

(١٢) قال في العناية شرح الهداية : وأما إذا كانت بحيث لا يعيش إليها أحد المتعاقدين فمنعه بعضهم ؛ لأن الظن في ذلك عدم البقاء إلى تلك المدة ، والظن مثل اليقين في حق الأحكام ، فصارت الإجارة مؤبدة معنى ، والتأبيد يبطلها . وجوزهُ آخرون منهم الخصاف ؛ لأن العبرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين ، وأنه يقتضي التوقيت ، ولا معتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المدة ؛ لأنه قد يتحقق في مدة يعيش إليها الإنسان غالبًا ولم يعتبر ، كما إذا تزوج إمرأة إلى مائة سنة فإنه متعة ، ولم يجعل بمنزلة التأبيد ليصح النكاح ، وإن كان لا يعيش إليها غالبًا ، وجعل ذلك نكاحًا مؤقتًا ، اعتبارًا للصيغة . العناية (٨١/٨) .

١٧٥١٦ - واحتج المخالف في هذا الفصل بأن قال : لو أجر عبده مدة [١] حياته لا يصح فإذا أجره أكثر من ذلك أولى [٢] أن لا يصح

١٧٥١٧ - وهذا غلط ؛ لأن العقد على مدة حياته عقد على مدة مجهولة ، والعقد على ما زاد على ذلك عقد على مدة معلومة . يبين ذلك : أنه لو أجره [٣] عمره لم يصح ، ولو أجره [٤] مدة لا يبقى إليها جاز ، ثم لا يصح أن يقال : إذا أمكن أن يؤجر [٥] عمره فما زاد على ذلك أولى .

• • •

(١) ساقطة من (ن) .
(٢) في (ص) ، (ن) : [أدى إلى] .
(٣) في (ن) : [أجله] .
(٤) في (ن) [أجله] .
(٥) في (ن) : [يؤجله] .

تقسيط الأجرة على عدد السنين

١٧٥١٨ - قال أصحابنا : إذا أجر داره أو أرضه عدة [1] سنين جاز ، وإن لم يسم حصة [2] كل سنة من الأجرة [3] .

١٧٥١٩ - وقال الشافعي على القول الذي جوز العقد على ما زاد على السنة في وجوب تفصيل الأجرة قولين : أحدهما : لا يجوز حتى يبين حصة [4] كل سنة [5] .

١٧٥٢٠ - لنا : أن كل مدة صحت فيها الإجارة لم يفتقر العقد إلى تقسيط الأجرة على أجزائها كالسنة [6] ولأن السنة بعض مدة الإجارة فلا [7] يفتقر إلى ذكر حصة من الأجرة كالشهر من السنة ، ولأن الأجرة معلومة ؛ فوجب أن لا يبطل العقد لجهالة الحصة .

١٧٥٢١ - أصله : إذا استأجر شهرًا [8] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [عدد] . (٢) في (م) ، (ع) : [حصته] .
(٣) ما تعرضت له كتب الأحناف هو إجارة السنة من غير تقسيط الأجرة على شهورها ، ويبدو أنهم لم يفرقوا بين إجارة السنة وإجارة السنين لجوازهما عندهم ، فاعتبروا الشهر من السنة كالسنة من السنين . ومن المعلوم أن المالكية والحنابلة وافقوا الأحناف في جوازها لسنين كثيرة ، وكذا في هذه المسألة لأنها فرع السابقة . راجع . اللباب (٩٩/٢) ، بداية المجتهد (١٧١/٢) ، حاشية الدسوقي والشرح الكبير (١١/٤) ، المغني (٤٣٧/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٦٤/٢) . (٤) في (م) : [حصته] .
(٥) والقول الثاني كقول الأحناف لا يجب ذكر قسط كل سنة ، قال في المهذب : « وإن ساقاه إلى سنة لم يجب ذكر قسط كل شهر ؛ لأن شهور السنة لا تختلف منافعها . وإن ساقاه إلى سنين ففيه قولان : أحدهما : لا يجب ذكر قسط كل سنة ، كما إذا اشترى أعيانًا بثمن واحد لم يجب ذكر قسط كل عين منها . والثاني : يجب لأن المنافع تختلف باختلاف السنين ، فإذا لم يذكر قسط كل سنة لم يؤمن أن ينفسخ العقد ، فلا يعرف ما يرجع فيه من العوض ، ومن أصحابنا من قال القولين في الإجارة . فأما في المساقاة : يجب ذكر قسط كل سنة من العوض ؛ لأن الثمار تختلف باختلاف السنين ، والمنافع لا تختلف في العادة باختلاف السنين . المهذب (١٥٣/١) ، الحاوي صـ (٢٥٧) .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) . (٧) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ولا] .
(٨) هذا باتفاق المذاهب ؛ فقد أجمعوا على إن الإجارة إن كانت على سنة لا تحتاج إلى ذكر قسط كل شهر ، وكذا إن كانت على شهر فلا تحتاج إلى قسط كل يوم ، لأن المنافع متماثلة ، وفي اشتراط تقسيطها حرج شديد . راجع اللباب (٩٩/٢) ، المهذب (٥١٣/١) ، بداية المجتهد (١٧٠/٢) ، المغني (٤٣٧/٥) .

١٧٥٢٢ - احتجوا : بأن الإجارة تقع مترقبة منتظرة معرضة [١] للفسخ ؛ لأن المكرَي [٢] قد يهلك فيبطل عقد الإجارة فيحتاج المكري أن يرد حصة ما بقي من المدة ويلزِمَ المكري حصة ما نكر [٣] ، وذلك يختلف اختلافًا شديدًا فيتعذر الوصول إليه ، فلهذا كان ذكره شرطًا وليس هذا كالسنة الواحدة ؛ لأن الأجرة لا تختلف فيها [في] [٤] العادة [٥] . .

١٧٥٢٣ - والجواب : أن المنافع في السنين متماثلة ، فالأجرة تسقط عليها بالأجزاء كما تتقسط أجرة السنة على شهورها ، وأجرة الشهر على أيامه ، ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله في رأس مال السلم : لا ينقسم عليه بالأجزاء فيصير معلومًا بنفس العقد [٦] .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [معرضة] ، وفي غيرهما : بعرضة .

(٢) في (ن) : [الكراء] والمراد به العين المؤجرة .

(٣) كذا بالنسخ و (نَكَر) الشيء : صعُب واشتد . و (نكَّر) الشيء : غيره بحيث لا يعرف ، والمراد ما لم يوفه من مدة الإجارة .

(٤) ساقطة من (ن) .

(٥) قال الماوردي : « ووجه ذلك : أن عقد الإجارة غير منبرم بخلاف بيوع الأعيان المنبرمة ، لتردده بين السلامة والعطب ما لم يذكر قسط كل سنة منها ، وأجور السنين قد تختلف فيتعذر العلم بقدر ما يستحق الرجوع به من الأجرة عند انتقاض الإجارة في بعض المدة ، وليس كذلك شهور السنة المتماثلة غالبًا . راجع الحاوي (٢٥٨) ، المهذب (٥١٣/١) .

(٦) جاء في البدائع : ولو أسلم عشرة دراهم في ثوبين متفقين من جنس واحد ونوع واحد وصفة واحدة وطول واحد جاز السلم بالإجماع ، ولو لم يبيِّن حصة كل واحد منهما من رأس المال ؛ ولو حلَّ الأجل له أن يبيعهما جميعًا مرابحة على العشرة بلا خلاف . فإن باع أحدهما مرابحة على خمسة لم يجز عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف ومحمد يجوز . ثم علل لأبي حنيفة بأن المقبوض ليس عين المسلم فيه ، لأن المسلم فيه دين حقيقة وقبض الدين لا يتصور . فلم يكن المقبوض مملوكًا بعقد السلم بل بالقبض ، فكان القبض بمنزلة إنشاء العقد كأنه اشتراهما جميعًا ابتداء ولم يبين حصة كل واحد منهما ثم أراد أن يبيع أحدهما . راجع البدائع (٢٢١/٥) .

مسألة ٨٦٩

تأجير المستأجر العين لصاحبها الذي اجرها له

١٧٥٢٤ - قال أصحابنا : لا يجوز للمستأجر أن يؤاجر [١] العين المستأجرة من المؤجر [٢] .

١٧٥٢٥ - وقال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ : يجوز بعد قبض العين وجهًا واحدًا ، وقبل قبضها فيه وجهان [٣] .

١٧٥٢٦ - لنا : أنه عقد يختص المنفعة ، فلا يجوز أن يعقد لمالك العين . أصله : المضاربة والعارية ، ولهذا قال أصحابنا : لا يجوز للموصىَ له بالمنفعة أن يؤجر العين من « الورثة » [٤] .

---

(١) في (ص) : [يؤاجر] .

(٢) الخلاف في هذه المسألة في إجارة المستأجر العين المؤجرة لمالك العين . أما لغيره فلا خلاف على جوازها بعد القبض . راجع الدر المختار (٩١/٦) ، المهذب (٥٢٧/١) ، بداية المجتهد (١٧٢/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٢ / ٣٦١) . مع ملاحظة أن المالكية والحنابلة يجوزون الإجارة من المؤجر ومن غيره قبل القبض وبعده بنفس السعر ، أو مع زيادة عليه ، أو نقص منه كل ذلك سواء .

(٣) بل ثلاثة أوجه ، قال في المهذب : « وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها ؛ لأن الإجارة كالبيع ، وبيع المبيع يجوز بعد القبض ، فكذلك إجارة المستأجر ، ويجوز من المؤجر وغيره كما يجوز بيع المبيع من البائع وغيره . وهل يجوز قبل القبض فيه ثلاثة أوجه إحداها : لا يجوز كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض . والثاني : يجوز لأن المعقود عليه هو المنافع ، والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين فلم يؤثر فيها قبض العين . والثالث : أنه يجوز إجارتها من المؤجر لأنها في قبضته ، ولا يجوز من غيره لأنها ليست في قبضته . المهذب (٥٢٧/١) أما الوجهان فهما في إجارتها من مؤجرها بعد القبض ، لا قبله . يدل على ذلك ما ذكره الماوردي : « وإذا استأجر الرجل دارًا ثم أراد أن يؤجرها بعد قبضها ما بقي له من مدة إجارته نظر ، فإن أجرها من غير مؤجرها جاز ، سواء أجرها بمثل الأجرة ، أو بأقل ، أو بأكثر ، أحدث فيها عمارة أو لم يحدث . وإن أجرها من مؤجرها ففي جواز الإجارة وجهان بناء على اختلاف أصحابنا في المنافع ، هل تحدث على ملك المؤجر أو على ملك المستأجر فأحد الوجهين : أنها تحدث على ملك المؤجر ، فعلى هذا لا يصح أن يستأجر ما أجره . والوجه الثاني . أنها تحدث على ملك المستأجر فعلى هذا يجوز أن يؤجر من المؤجر . الحاوي (٢٦٧) وقد تبين مما سبق أن المصنف نقل الوجهين في إجارتها بعد القبض لا إجارتها قبل القبض .

(٤) في (م) ، (ع) : [المورثة] وإنما لم يجز ذلك ؛ لأن الإجارة تقع بقصد استيفاء منفعة العين وليست العين مقصودة أصلًا ، وهنا المنفعة مملوكة للمستأجر بالوصية فيتعذر استيفائها بعقد الإجارة .

١٧٥٢٧ - ولأنه [١] عقد لا يزيل الملك عن العين ، فلا يملك به مثله مع مالكها . أصله : البيع المشروط فيه الخيار والرهن [٢] .

١٧٥٢٨ - ولأنه عقد يقصد به الاستيفاء ، فلا يعقد لمالك العين كالرهن [٣] .

١٧٥٢٩ - احتجوا : بأن كل عقد صح مع الأجنبي صح مع العاقد ، أصله البيع [٤] .

١٧٥٣٠ - قلنا : البيع من / البائع في حكم البيع من الأجنبي ؛ لأن من يقع له العقد غير مالك للمعقود عليه ولا لما يستوفى منه [٥] . ١٩٩/أ

١٧٥٣١ - والإجارة يعقدها [٦] مع المالك للعين التي يستوفي المنفعة منها ، فلذلك لم يصح العقد .

١٧٥٣٢ - ولأن المبيع يجوز بيعه من البائع إذا أمن بهلاكه فسخ [٧] العقدين [٨] ومتى لم يؤثر [٩] ذلك لم يجز البيع كما قبل القبض .

١٧٥٣٣ - ولهذا نقول : إن بيع العقار من البائع قبل القبض جائز ؛ لأنه أمن فيه فساد [العقد الأول ، فأما الإجارة : فإنها تعقد على المنفعة من المؤجر ، والعقد الأول يتعرض للفسخ] [١٠] ؛ فصار كبيع المشروط فيه الخيار من البائع .

١٧٥٣٤ - ولأن المنافع إذا تلفت كان تلفها فسخًا ، فلم يجز أن يعقد عليها العاقد ،

---

(١) أي عقد الإجارة .

(٢) البيع المشروط فيه الخيار : الملك فيه للبائع في مدة الخيار إذا كان الخيار للبائع ، وللشافعي فيه ثلاثة أقوال : أحدها : أنه ملك للمشترى ينقل إليه بنفس العقد . والثاني : أنه باق على ملك البائع ولا يملكه المشتري إلا بعد انقضاء الخيار من غير فسخ . والثالث : أنه موقوف فإن تم البيع كان للمشتري ، وإلا فهو باق على ملك البائع . راجع اللباب (١٢/٢) ، المهذب (٣٤٥/١) .

(٣) أجاب البيهقي قائلًا : « قلنا إنه بمنزلة العقد المزيل للملك عن العين ، ولهذا يملك به العقد مع غير العاقد كما لو تملك في العقد ، على العين بخلاف ما قاسوا عليه . راجع النكت ورقة ١٦٧ .

(٤) المهذب (٥٢٧/١) ، والنكت الموضع السابق ، بداية المجتهد (١٧٢/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٣٦١/٢) .

(٥) وذلك لأن العقد في البيع يقع على العين خلافًا للإجارة فإنها واقعة على منافع العين .

(٦) أي المستأجر .

(٧) وإنما أمن الفسخ ؛ لأن الهالك هالك على ملك صاحبه .

(٨) عقد البيع الأول والثاني .

(٩) كذا بالنسخ ولعل صوابها [يؤمن] لأنها عكس الأولى .

(١٠) ساقط من (ن) والعقد الأول يتعرض للفسخ كما إذا هدم الدار المؤجر مثلًا فإن الإجارة تنفسخ لفوات المنفعة .

كالمبيع المنقول (١) قبل القبض . وليس كذلك المبيع المقبوض ، لأن ملكه لا يوجب فسخًا ، فجاز أن يعقد عليه مع العاقد الأول . وتنتقض العلة بالعارية إذا أذن المالك للمستعير أن يعيرها (٢) جاز مع الأجنبي ولم يجز مع المالك ، فكذلك المضاربة إذا أذن المالك للمضارب أن يدفعها إلى غيره .

* * *

(١) في (م) ، (ع) [كالبيع المفعول] .
(٢) في (م) ، (ع) : [بغيرها] وهو خطأ .

إجارة المأجور

١٧٥٣٥ - قال أصحابنا : لا يجوز للمستأجر أن يؤجر قبل قبض العين [١] .

١٧٥٣٦ - وقال أصحاب [٢] الشافعي : إذا أجر من الأجنبي ففيه وجهان : وإن أجر من المؤجر فإذا جاز من الأجنبي فالمؤجر أجوز .

١٧٥٣٧ - وإذا قلنا : لا يجوز من الأجنبي ففي المؤجر وجهان [٣] .

١٧٥٣٨ - لنا : أن كل حالة لا يجوز العقد على المبيع المعين لم يجز على المنفعة المستأجرة .

١٧٥٣٩ - أصله : حال المجلس قبل القبض ، ولأنه عقد يخشى فسخه بالهلاك ، فلا يجوز أن يعقد مثله على المعقود عليه قبل قبضه . أصله : البيع وعكسه المهر والعقار [٤] .

١٧٥٤٠ - احتجوا : بأنه لا أثر لقبض العين ؛ لأنه لا يصير بقبضها [٥] قابضًا للمنافع ، فصار وجود القبض وعدمه سواء [٦] .

---

(١) هذه المسألة هي إحدى حالتين في الإجارة ، لأن الإجارة إما أن تكون بعد القبض أو قبله : فإن كانت بعده فقد مضى حكمها في المسألة السابقة ، وهذه هي الحالة الثانية ، وهي حكم تأجير العين المستأجرة قبل قبضها ، وكتب المذهبين جمعت بين المسألتين في مسألة واحدة ولم يفردوا لكل منهما مسألة مستقلة وهو أولى . وقد سبق نقل ما يشير إلى أن إجارة المستأجر لما استأجره إما أن تكون بعد قبض العين أو قبلها ، فإن كانت بعدها من غير المؤجر فهو جائز من غير خلاف ، وإن كانت من المؤجر فهو غير جائز عند الأحناف وعلى ذلك كان من باب أولى أن لا يجوز قبل القبض كما هو مشار إليه في عبارة المصنف هنا . وخلاصة القول : أن الإجارة للمؤجر لا تجوز عند الأحناف ، لا قبل القبض ولا بعده ، أما لغير المؤجر فهي جائزة بعد القبض فقط . وقد سبق القول بأن المالكية والحنابلة يجوزون الإجارة قبل القبض وبعده من المؤجر وغيره . راجع الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٩١/٦) وبداية المجتهد (١٧٢/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٣٦١/٢) .

(٢) ساقطة من (ن) .

(٣) سبق نقل نص المهذب والحاوي وظهر لنا أن الوجوه في الإجارة قبل القبض ثلاثة ، وقد أعاده المصنف هنا ، غير أنه هناك قصد الحديث عن إجارتها للمؤجر ، وهنا له ولغيره . وكلام الشافعية لا يفصل بينهما بل يجمع في وجهين ويفرق في الثالث كما سبق . راجع المهذب (٥٢٧/١) .

(٤ ، ٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) راجع المهذب (٥٢٧/١) .

١٧٥٤١ - الجواب : أنه إذا قبض العين فالمنافع تحدث على ضمانه ، فإذا لم يقبض حدثت وليست في ضمانه ، وللضمان مدخل في جواز التصرف بدلالة المبيع [1] إذا قبض .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [البيع] .

اشتراط الخيار في عقد الإجارة

١٧٥٤٢ - يجوز شرط الخيار (١) في الإجارة (٢) .

١٧٥٤٣ - وقال الشافعي : لا يجوز شرط الخيار إذا استأجر عينًا قولًا واحدًا ، وفي خيار المجلس (٣) وجهان .

١٧٥٤٤ - وإن كانت المنفعة في المدة (٤) ففيه ثلاثة أوجه :

---

(١) الخيار مشتق من الاختيار وهو طلب خير الأمرين : إما إمضاء البيع ، وإما فسخه . واصطلاحًا : أن يشرط في العقد أو بعده الخيار لأحد المتعاقدين كليهما في فسخ العقد أو إمضائه . راجع اللسان (٢/٢٢٠) ، البداية شرح الهداية (٢٥٨/٦) ط الفكر .

(٢) راجع اللباب (١٠٥/٢) ، البدائع (٢٠١/٤) ، الدر المختار وحاشية ابن عابدين (٧٦/٦ ، ٧٧) ، تبيين الحقائق (١٤٥/٥) وبه قال المالكية . راجع بداية المجتهد (٢ / ١٧٢) .

(٣) خيار المجلس : هو أن يكون لكل واحد من العاقدين حق فسخ العقد ما لم يتفرقا بأبدانهما ، أو يخير أحدهما الآخر فيختار العقد . فإذا تفرقت المجالس وتباعدت الأبدان سقط حق الفسخ بهذا السبب ، والأصل فيه : قوله ﷺ : « البَيّعَانِ بالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِلآخَرِ اخْتَرْ » راجع نيل الأوطار (١٨٤/٥) ، مغني المحتاج (٤٣/٢) ، اللباب (٤/٢) .

(٤) في (ن) : [الذمة] وهو خطأ . لأنه يتبين لنا من النص الآتي أن الإجارة إذا كانت على منفعة في الذمة ففي دخول الخيار فيها وجهان فقط ، وليس ثلاثة . قال في المهذب « وما عقد من الإجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار ؛ لأن الخيار يمنع التصرف ، فإن حسب ذلك على المكري زدنا عليه المدة ، وإن حسب على المكتري نقصنا من المدة . وهل يثبت فيه خيار المجلس ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا يثبت لما ذكرناه من النقصان والزيادة في خيار الشرط ، والثاني : يثبت ، لأنه لكل واحد منهما إسقاطه ، وإن كانت الإجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه ، أحدها : لا يثبت فيه الخيار ؛ لأنه عقد على غرر فلا يضاف إليه غرر الخيار ، والثاني : يثبت فيه الخياران ؛ لأن المنفعة المعينة كالعين المعينة ، ثم العين المعينة يثبت فيها الخياران فكذلك المنفعة ، والثالث : يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ؛ لأنه عقد على منتظر فيثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط كالسلم ، وإن كانت الإجارة على منفعة في الذمة ، ففيه وجهان : أحدهما : لا يثبت فيه الخياران لأنه عقد على غرر فلا يضاف إليه غرر الخيار . والثاني : يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط ، لأن الإجارة في الذمة كالسلم ، وفي السلم يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط ، وكذلك الإجارة . راجع المهذب (٥٢٤/١) . وراجع أيضًا مغني المحتاج (٤٤/٢) . رأي المالكية في هذه المسألة يوافق الأحناف ؛ فإن الحنابلة يتفقون مع الشافعية في إجارة العين مدة تلي العقد ، فلا يجوز فيها خيار الشرط ، وفي خيار المجلس وجهان . أما إذا لم تكن الإجارة كذلك : فإنه يدخلها الخيار كما قال الأحناف . قال ابن قدامة إذا أجره مدة =

١٧٥٤٥ - أحدها : لا يدخلها الخياران [١] .

١٧٥٤٦ - والثاني : يدخلها خيار المجلس دون خيار الشرط .

١٧٥٤٧ - والثالث : يدخلها الخياران .

١٧٥٤٨ - لنا : أنه عقد معاملة لا يستحق فيه القبض حال المجلس فجاز شرط الخيار فيه كالبيع ، ولأنها مدة ملحقة بالعقد كالأجل ، ولأن كل خيار ثبت في البيع يثبت في الإجارة [٢] .

١٧٥٤٩ - أصله : خيار العيب [٣] ولأنه معاملة يدخلها وليس من شرطها فيدخلها خيار الشرط كالبيع ، ولأنه عقد يفسخ بالإقالة [٤] ، لا يعتبر فيه القبض في المجلس ، فجاز أن يدخله الخيار كالبيع .

١٧٥٥٠ - احتجوا : بما روى أن النبي ﷺ [نَهَى عَنِ الْغَرَرِ] [٥] وَالْخِيَارُ غَرَرٌ [٦] .

١٧٥٥١ - قلنا : روى عن النبي ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ ومن أصل مخالفتنا أن الخبر إذا ورد في حكم المطلق يحمل [٧] على المقيد [٨] .

١٧٥٥٢ - قالوا : القياس عندكم يمنع شرط الخيار في العقود ، وإنما جاز في البيع

= تلي العقد لم يجز شرط الخيار ، لأنه يمنع التصرف فيها أو في بعضها فينقص عما شرطاه ، وفي خيار المجلس وجهان : أحدهما : لا يثبت له ذلك ، والثاني : يثبت لأنه يسير ، وإن كانت لا تلي العقد يثبت فيها الخياران لأنها بيع ، ولا مانع من ثبوتها فيها ، وكذلك إن كانت على عمل في الذمة أو على منفعة عين في الذمة ثبتا فيها كذلك . الكافي لابن قدامة (٣٢٤/٢) ط منشورات المكتب الإسلامي بدمشق .

(١) في (م) ، (ع) : [الخيار] والمراد بهما خيار المجلس والشرط .

(٢) قال الشيرازي : قالوا : عقد معاملة لا يعتبر فيه التقابض في المجلس فأشبه البيع ، قلنا : عندهم يجوز فيما ليس بمعاينة « معاملة » وهو الضمان فلم يؤثر الوصف ، ولأنا جعلنا البيع حجة لنا . النكت ورقة ١٦٧ .

(٣) في (م) ، (ع) : [المعيب] .　　(٤) في (م) ، (ع) : [المغرور] .

(٥) راجع نص المهذب السابق .

(٦) الحديث أخرجه مسلم في صحيحه من حديث أبي هريرة . كتاب البيوع باب النهي عن بيع الحصاة وبيع الغرر (١١٥٣/٣) والترمذي « كراهية بيع الغرر » (٥٣٢/٣) رقم (١٢٣٠) وأبو داود - باب بيع الحصاة (٦٧٢/٣) رقم (٣٣٧٦) ، وابن ماجه « في التجارات » باب النهي عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر (٧٣٩/٢) رقم (٢١٩٥) ، والنسائي باب بيع الحصاة (٢٦٢/٧) رقم (٤٥١٨) ومن حديث سعيد بن المسيب مرسلًا أخرجه مالك في الموطأ (٦٦٤/٢) وفي مسند أحمد (١١٦/١ ، ٣٠٢) ، (١٥٥/٢) وانظر مجمع الزوائد (٨٠/٤) .　　(٧) ساقطة من (ن) .

(٨) قاعدة : « الخبر إذا ورد في حكم المطلق يحمل على المقيد » .

بالخبر فما سواه على أصل القياس [١] .

١٧٥٥٣ - قلنا : الخيار يجوز في البيع ، والإجارة تحتمل من الغرر [٢] والخطر ما لا يحتمله البيع ، فإذا جاز في البيع خطر الخيار ففي الإجارة أولى . وعند القياس يجوز على المخصوص من طريق الأولى .

١٧٥٥٤ - قالوا : عقد على منفعة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالنكاح [٣] .

١٧٥٥٥ - قلنا : النكاح أجرى مجرى العقد على الأعيان بدلالة بطلانه بالتوقيت ، وبدلالة استحقاق جميع البدل [٤] مع هلاك المعقود عليه [٥] عقيب العقد وإذا أجرى مجرى العقد على الأعيان لم يصح اعتبار عقد الإجارة .

١٧٥٥٦ - ولأن النكاح لا يصح فيه الفسخ بالإقالة [٦] [بعد انبرامه فلم يدخله الخيار ، ولما كانت الإجارة يلحقها الفسخ بعد انبرامها بالإقالة] [٧] ولا يعتبر فيها [٨] القبض في المجلس جاز اشتراط الخيار فيها .

١٧٥٥٧ - قالوا : عقد لابد أن يكون أحد بدليه غير عين فلم يصح فيه خيار الشرط كالسلم [٩] .

١٧٥٥٨ - قلنا : السلم شرط صحته قبض بذله في المجلس ، وخيار الشرط منع صحة القبض ، فلهذا لم يصح شرط الخيار في الصرف [١٠] وإن جاز أن يتعين بدلالة أنه وأما الإجارة فلا يتعين قبض بدلها في المجلس ، ويدخلها الفسخ بالإقالة فصح شرط الخيار فيها .

١٧٥٥٩ - قالوا : شرط الخيار في الإجارة لا فائدة [١١] فيه ؛ لأنه إن شرط الخيار

---

(١) وهو قوله ﷺ : « الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا أَوْ حَتَّى يَفْتَرِقَا » . راجع نيل الأوطار (١٨٤/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [الغرور] وإنما كانت الإجارة أكثر احتمالا للغرر من البيع لأنها إجارة منافع معدومة كما أن العقد فيها معرض للفسخ .

(٣) راجع المهذب (٥٢٤/١) ، الحاوي صـ (١٦٣) .

(٤) أي المهر .

(٥) أي البضع .

(٦) « كالإقالة » بالنسخ والصواب ما أثبتناه .

(٧) ساقط من (ن) .

(٨) أي الإجارة .

(٩) راجع المهذب (٥٢٤/١) .

(١٠) سبق تعريف الصرف وهو بيع الأثمان كبيع الفضة بالذهب والذهب بالفضة ، ومنع الخيار فيه لأن من شرطه القبض في المجلس دفعًا للربا ، لأنه إن كان متحد البدلين حرم الفضل والنساء وإن اختلفا جنسًا حرم النساء ، والخيار يمنع القبض فليزم منه النساء وهو محظور . راجع اللباب (٤٧/٢) .

(١١) في المهذب بمعناه (٥٢٤/١) .

للمستأجر فإنه عند الفسخ لا يمكنه تسليم المنفعة المعقود عليها بكمالها ، وهذا المعنى يمنع الرد بالخيار كما لو تلف بعض المبيع في مدة الخيار . وإن شرطه للمؤجر لم يمكنه تسليم المعقود عليه بكماله ، فصار كما لو باع بشرط الخيار ، فكيف يختلف بعض المبيع في المدة ؟ .

١٧٥٦٠ - قلنا : الإجارة في هذا مخالفة للبيع ، وذلك لأن البائع لو أراد تسليم بعض المبيع إلى المشترى لم يجز .

١٧٥٦١ - ولو أراد المشترى رد البعض لم يكن له ذلك . وكذلك [١] إذا كان فيه خيار الشرط . وأما الإجارة : فلو أراد المؤجر تسليم بعض المنافع من غير خيار جاز ، مثل أن يؤجر داره شهرًا فيمنعها منه بعض المدة ثم يسلمها

١٧٥٦٢ - وكذلك إذا كان في الإجارة خيار ، وكذلك يجوز للمستأجر رد بعض المنفعة ، كما إذا سكن الدار ثم أراد ردها بخيار الرؤية أو العيب وكذلك بخيار الشرط [٢] .

١٧٥٦٣ - وإنما افترقا لأن المبيع يمكن تسليمه إلى المشترى جملة ، ويمكن للمشترى رده كله ، فإذا أراد البائع تسليم البعض أو أراد المشتري رد بعضه دون بعض [لم يكن له ذلك ، وأما المنافع : فلا يمكن قبضها جملة واحدة ، فجاز تسليم بعضها دون بعض] [٣] ورد بعضها على المؤجر دون بعض ، فحمل عليه .

* * *

(١) في (ن) : [ولذلك] .
(٢) قاعدة : « للمستأجر رد بعض المنفعة ، كما إذا سكن الدار ثم أراد ردها بخيار العيب أو بخيار الرؤية أو بخيار الشرط » .
(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

مسالة ٨٧٢

مشاهدة المحمل المؤجر

١٧٥٦٤ - قال أصحابنا : إذا اكترى [1] محملًا [2] مغطى [3] إلى مكة جاز ، وإن لم يشاهد المحمل [4] استحسانًا [5] .

١٧٥٦٥ - وقال الشافعي : لا يجوز حتى يشاهد المحمل ، ويسمى الوطاء [6] فإن أطلق

---

(١) في (ن) : [أكرى] .

(٢) المحمِلُ هو كَمَجْلِسٍ : شقان على البعير يحمل فيهما العديلان ، والحمول بالضم : الهوادج ، الواحد حمل بالكسر ويفتح . راجع القاموس المحيط باب اللام فصل الحاء (٣٧٢/٣) ، المغرب (١٣٨/١) .

(٣) في (م) : [معطى] وفي (ع) : [يفضي] وكلاهما خطأ .

(٤) راجع اللباب (٩٥/٢) ، المبسوط (١٩/١٦) ، حاشية ابن عابدين (٩٠/٦) ، البدائع (١٨٣/٤) .

(٥) الاستحسان في اللغة : هو عد الشيء واعتقاده حسنًا . واصطلاحًا : هو اسم لدليل من الأدلة الأربعة يعارض القياس الجلي ويعمل به إذا كان أقوى منه ، سموه بذلك لأنه في الأغلب يكون أقوى من القياس الجلي فيكون قياسًا مستحسنًا . التعريفات (١٣) وقد تناول الغزالي في المستصفى (٢٧٤/١) توضيح معنى الاستحسان فقال : له ثلاثة معان الأول الذي يسبق الفهم . الثاني : الدليل المنقدح في نفس المجتهد لا يقدر على إظهاره لعدم مساعدة العبارة . الثالث : وهو المنقول عن الكرخي وبعض أصحاب أبي حنيفة أنه قول بدليل فيندرج تحته أجناس منها : العدول بحكم المسألة عن نظاهرها بدليل . قال السرخسي في المبسوط (١٤٥/١٠) : القياس والاستحسان في الحقيقة قياسان أحدهما جلي ضعيف أثره سمي قياسًا ، والآخر : خفي قوي أثره فسمي استحسانًا أي قياسًا مستحسنًا . وقال الشاطبي في الموافقات (١١٦/٤) : إن الاستحسان عند المالكية : الأخذ بمصلحة جزئية في مقابلة دليل كلي . وقد تفاوت الفقهاء في الأخذ بالاستحسان في الأحكام فتوسع فيه الحنفية ، وتوسط المالكية والحنابلة ، وأبطله الشافعية . راجع مناهج الاجتهاد في الإسلام للدكتور سلام مدكور من ص (٢٦٦ - ٢٨٠) أصول التشريع الإسلامي علي حسب الله ص (٢٠٤ - ٢٠٦) . وإذا طبقنا ما سبق على المسألة نرى أن القياس فيها يقتضي بطلان الإجارة لأن من شرطها رؤية المؤجر . أما الاستحسان : فالعلة فيه أن العادة جارية على ذلك فمراعاة هذه العلة الخفية اقتضت العدول عن أصل القياس الجلي إلى هذا القياس الخفي .

(٦) في (ص) ، (ن) : [الغطابة] وفي (م) : [بالعطابة] وكلاهما خطأ . جاء في مغني المحتاج : ويشترط روية الوطاء وهو الذي يفرش في المحمل ليجلس عليه أو وصفه . مغني المحتاج (٣٤٢/٢) . وقال الشافعي : « لا يجوز من ذلك شيء على مغيب حتى يرى الراكب والراكبين وظرف المحمل والوطاء وكيف الظل إن شرطه . الأم (٢٥٩/٣) ، وانظر مختصر المزني (٨٢/٣) .

الغطاء [١] جاز [٢] فأما التعليق من السطحية [٣] والركوة [٤] ، فلابد من مشاهدتها ، وإن أطلق فمن أصحابنا من قال على قولين ، والصحيح أنه قول واحد : لا يجوز حتى يشاهد [٥] .

١٧٥٦٦ - لنا : قوله تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ [٦] قال : تحجوا وتكروا الإبل [٧] ولم يفصل .

١٧٥٦٧ - ولأن المحمل غير مقصود بالكري وإنما يطلب تسهيل حمله [ولم يقف

---

(١) الغطاء : هو ما يستظل به ويتوقى به من المطر . مغني المحتاج (٣٤٢/٢) .

(٢) إنما جاز إطلاق الغطاء ؛ لأنه لا يختلف اختلافًا كثيرًا .

(٣) السطحية والسطيح : المزادة التي من أديمين قوبل أحدهما بالآخر ، وتكون صغيرة أو كبيرة ، وهي من أواني المياه . اللسان « سطح » (٢٠٠٦/٣) .

(٤) الركوة . إناء صغير من جلد يشرب فيه الماء والجمع ركوات . اللسان « ركا » (١٧٢٢/٣) .

(٥) الأم (٢٥٩/٣) ، مختصر المزني (٨٢/٣) ، المهذب (٥٢٠/١) ، مغني المحتاج (٣٤٢/٢) ، نهاية المحتاج (٢٨٧/٥) ، وقريب من مذهب الشافعية مذهب الحنابلة والمالكية وأبو ثور وابن المنذر . راجع بداية المجتهد (١٧١/٢) ، المغني (٥١٢/٥) .

(٦) سورة البقرة : الآية ١٩٨ . قال القرطبي : في الآية دليل على جواز التجارة في الحج مع أداء العبادة وأن القصد إلى ذلك لا يكون شركًا ولا يخرج به المكلف عن رسم الإخلاص المفترض عليه . راجع تفسير القرطبي (٨٩٥/١) الناشر دار الغد العربي ، وانظر أيضًا روح المعاني للألوسي (٨٧/٢) ط دار إحياء التراث بيروت ، وجامع البيان في تفسير القرآن للطبري (١٦٤/٢) ط دار المعرفة بيروت .

(٧) هذا القول لابن عباس تفسير للآية ، قال ابن قدامة بعد أن ذكر نص الخرقى : « ومن اكترى إلى مكة فلم ير الجمّال الراكبين المحامل والأغطية والأوطئة لم يجز الكراء . قال ابن قدامة : أجمع أهل العلم على إجازة كراء الإبل إلى مكة وغيرها ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ لِتَرْكَبُوهَا ﴾ ولم يفرق بين المملوكة والمكتراة . وروي عن ابن عباس في قوله تعالى : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ أن تحج وتكرى ونحوه عن ابن عمر . المغني لابن قدامة (٥١١/٥) . وفي أسباب النزول للسيوطي : وعن ابن عباس قال : كانت عكاظ ومجنة وذو المجاز أسواقًا في الجاهلية فتأثموا أن يتجروا في الموسم ، فسألوا رسول الله ﷺ عن ذلك فنزلت : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ في موسم الحج . وأخرج أحمد وابن أبي حاتم وابن جرير والحاكم وغيرهم من طرق عن أبي أمامة التيمي قال : قلت لابن عمر : إنا نكري فهل لنا من حج ؟ فقال ابن عمر : جاء رجل إلى النبي ﷺ فسأله عن الذي سألتني عنهُ فلمْ يُجِبْهُ حتى نزل عليه جبريل بهذهِ الآية : ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ ... الآية ﴾ فدعاه النبي ﷺ فقال : « أَنْتُم حُجّاج » . أسباب النزول للسيوطي (٣٧) ط مكتبة نصير . ونرى أن استدلال المصنف بالآية ، وتفسير ابن عباس لها خارج عن محل النزاع ؛ إذ الآية دلت على جواز التجارة والكراء ، وهذا ليس محلًا للنزاع بل هو مجمع على جوازه كما سبق ، وإنما محل النزاع في اشتراط رؤية المكرَي . وثبوت الجواز بالآية لا ينفي مراعاة شروط الصحة عند العقد .

العقد [1] على] مشاهدته كالمتاع .

١٧٥٦٨ - [ولأن ما لا يشترط] [2] في الظلال [3] والسرج [4] لا يشترط في المحمل كالوزن .

١٧٥٦٩ - احتجوا بأن المحمل يختلف بالثقل والخفة ، وذلك يوجب اختلاف المنفعة المعقود عليها فمنع من صحة العقد [5] .

١٧٥٧٠ - الجواب : أن هذا يبطل بالسرج والظلال [6] ولأن المحامل تعتاد [7] في كل بلد والعقد يقع على المعتاد فإن جاء بما [8] يخالف العادة لم يستحق بالعقد .

* * *

---

(١) ساقط من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولا مالا يشترط] .

(٣) الظلال : هو ما يستظل به فوق الهودج كالخيمة الصغيرة . راجع القاموس باب اللام فصل الظاء (١٠/٤) .

(٤) السرج : رحل الدابة ، معروف والجمع سروج ، وأسرجها إسراجًا وضع عليها السرج . اللسان (١٩٨٣/٣) « سرج » .

(٥) سبقت إشارة المصنف إلى أن الشافعي أجاز إطلاق الغطاء وهو الظلال ، أما السرج : فإنه إن كان من رب الدابة ، فيكفى فيه العرف ، ولا يشترط أن يراه بل يحمل على المعهود ، أما إن كان من المستأجر وكان متفاوتًا ولم يكن هناك عرف فيشترط رؤيته أو وصفه وصفًا تامًا عندهم . راجع نهاية المحتاج (٢٨٧/٥) .

(٦) ساقطة من (ن) .

(٧) في (ن) : [معتادة] .

(٨) في (م) ، (ن) : [ما] .

مسألة ٨٧٣

استبدال المحمول كلما نقص

١٧٥٧١ - قال أصحابنا : إذا استأجر جملًا إلى مكة على أن [١] يحمل عليه الزاد [٢] كلما منه جاز أن يرد مثله [٣] .

١٧٥٧٢ - وقال الشافعي : القياس [٤] أن يبدل ما بقى [٥] من الزاد .

١٧٥٧٣ - ولو قيل : إن [٦] الزاد ينقص ولا يبدَّل [٧] كان مذهبًا [٨] .

١٧٥٧٤ - قالوا [٩] : ففيه [١٠] قولان : أحدهما : يستبدل [١١] . والآخر : لا يستبدل .

١٧٥٧٥ - قال المروزي [١٢] : هذا إن [١٣] اتفق السعر [١٤] في المنازل ، فإن

---

(١) في (م) ، (ع) : [أنه] .

(٢) في (م) : [مكملًا] ، وفي غيرها : « كلما أكل منه » .

(٣) صورة هذه المسألة : رجل استأجر جملًا ليحمل عليه طعامًا ويركبه إلى مكة ، فأكل من الطعام في سفره فنقص عن القدر الذي وقع العقد على حمله ، فهل له استكمال الحمل بشراء طعام جديد أم يستبدل ؟ جاء في اللباب : إن استأجر بعيرًا ليحمل عليه مقدارًا من الزاد فأكل منه في الطريق جاز له أن يرد عوض ما أكل من زاد ونحوه ؛ لأنه يستحق عليه حملًا مسمى في جميع الطريق ، فله أن يستوفيه . اللباب (٩٦/٢) ، وانظر المبسوط (٢١/١٦) ، والدر المختار وابن عابدين (٩٠/٦) .

(٤) وجه القياس أنه استحق حملًا معلومًا ، فجاز أن يستوفيه .

(٥) كذا بجميع النسخ ، وهو موافق لما في مختصر المزني ، وأظن أن صوابها : يعنى لأن ما بقى من الزاد يزاد عليه ولا يبدَّل .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) معنى هذا : أن الشافعي يرى أن القياس يقتضي الإبدال . غير أنه ترك بابًا للعرف ، فإن تعارف الناس عدم الإبدال فيها قال في الأم : وإن اختلفا في الزاد الذي يأكل بعضه ، فقال صاحب الزاد : أبدله بوزنه . فالقياس أن يبدل له حتى يستوفي الوزن ، ولو قال قائل : ليس له أن يبدل من قبل أنه معروف أن الزاد ينقص قليلًا ولا يبدل مكانه كان مذهبًا والله أعلم من مذاهب الناس . الأم (٢٦٠/٣) . فكأنه ترك الثاني للعرف ولم يجزم به وبمثل هذا قال المالكية . مواهب الجليل (٤٢٧/٥) .

(٨) مرجع هذا القول العرف .

(٩) أي أصحاب الشافعي .

(١٠) في (م) ، (ع) : [فيه] .

(١١) وهو ما يقتضيه القياس ، واختاره المزني في المختصر (٨٥/٣) .

(١٢) أبو اسحاق إبراهيم بن أحمد المروزي ، من أصحاب ابن سريج ، انتهت إليه رئاسة العلم في بغداد ، وصنف في الأصول والفروع ، وعنه وعن أصحابه انتشر فقه الشافعي في الأقطار توفي سنة (٣٤٠ هـ) بمصر . راجع طبقات الشيرازي صـ (٩٢) .

(١٣) ساقطة من (ن) .

(١٤) بالنسخ « السفر » وهو خطأ .

اختلف . فله أن يستبدل ليخلص نفسه من زيادة السعر [١] .

١٧٥٧٦ - لنا : أنه اسْتُحِقَّ عليه قدر من الزاد ، فإذا نقص ؛ كان له رد بدله . أصله . إذا سرق ، ولأن كل حمل لو سرق منه كان له أن يبدله [فإذا انتفع به كان له أن يبدله] [٢] أصله : الماء ، ولأن ما شرط حمله [٣] وزنًا إذا نقص كان له رد مثله . أصله : المتاع ، ولا يلزم إذا نقص [٤] لأن ذلك لا يشترط حمله وزنًا .

١٧٥٧٧ - احتجوا : بأن مطلق العقود يحمل على العرف . والعادة أنهم يأكلون الزاد ولا يردون بدله ويشربون الماء ويردون بدله [٥] فحمل العقد على المعتاد [٦] .

١٧٥٧٨ - الجواب : أنهم إذا شرطوا حمل وزن معلوم فلم يطلقوا العقد بل عينوا المعقود عليه ، ثم [٧] هذه العادة منتفية فإنهم قد يردون تارة ولا يردون أخرى ، فلم يصح الرجوع إلى العادة مع انقسامها .

١٧٥٧٩ - ولأن العادة أنهم يشترطون قدرًا من الحمل ويحملون أكثر منه ، ولا يحمل العقد على ذلك فكذلك النقصان [٨] .

* * *

(١) راجع المهذب (٥٢٦/١) ، مغني المحتاج (٣٤٩/٢) وبرأي الشافعية قال المالكية والحنابلة . راجع مواهب الجليل (٤٢٧/٥) ، المغني (٥١٤/٥) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) . قد يفرق البعض بين النقص بالسرقة والنقص بالانتفاع خلافًا للسرقة وتبديل ما شرق . راجع الحاوي ٣٢٧ .

(٣) في (ن) : [عمله] .

(٤) ربما قصد بذلك إذا نقص من غير أكل أو سرقة كأن جف مثلًا .

(٥) في (م) ، (ع) : [له] .

(٦) هذا هو معنى قول الشافعي السابق في الأم . وانظره أيضًا في الحاوي صـ (٣٢٧) .

(٧) في (م) ، (ع) : [و] .

(٨) استدل في الحاوي أيضًا لعدم التبديل بقوله : « ولأن أجرة الزاد في العرف أقل من أجرة المتاع ، لما استقرت به العادة من إبدال المتاع دون الزاد . الحاوي (٣٢٨) .

مسألة ٨٧٤

إجارة الظئر بطعامها وكسوتها

١٧٥٨٠ - قال أبو حنيفة رضى الله تعالى عنه : إذا استأجر ظئرًا [(١)] بطعامها وكسوتها [(٢)] جاز استحسانًا [(٣)] .

١٧٥٨١ - وقال الشافعي : لا يجوز [(٤)] .

١٧٥٨٢ - قالوا : والصحيح من مذهبنا أن العقد يقع على الحضانة والتربية ، واللبن والحفظ تبع [ومنهم من قال : اللبن هو المعقود عليه وما سواه تبع [(٥)]] .

١٧٥٨٣ - لنا : قوله تعالى : ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [(٦)] وهذا أجر [(٧)] الرضاع وليس بنفقة [(٨)] الزوجة ؛ بدلالة أنه عطف قوله : ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ

(١) الظئر مهموز : العاطفة على غير ولدها المرضعة له من الناس والإبل الذكر والأنثى في ذلك سواء والجمع أظؤر وأظآر وظؤور . اللسان « ظأر » (٢٧٤١/٤) .

(٢) ينبغي الإشارة إلى أن الخلاف في هذه المسألة في نوع الأجر لا في إجارة الظئر ؛ وذلك لأن إجارتها بأجر معلوم لا خلاف عليه بين العلماء لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَأْتَمِرُوا۟ بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ ؛ الطلاق : ٦ وإنما الخلاف في كون الأجر هو الطعام . راجع الإشراف لابن المنذر (٢١٩/١) .

(٣) وافق الإمام أبو حنيفة في رأيه هذا الإمام مالك وإسحاق وروى عن أبي بكر وعمر ، لكن أبا حنيفة لم يجزه إلا في الظئر فقط ، خلافا لهم ، فأطلقوا جواز كون الأجر طعاما أو كسوة . راجع البدائع (١٩٣/٤) ، المبسوط (١٨/١٥) ، اللباب (١٠١/٢) وحاشية ابن عابدين (٥٣/٦) ، بداية المجتهد (١٧١/٢) ، والمغني (٤٩٢/٥) وللحنابلة رواية توافق أبا حنيفة بالجواز في الظئر فقط . وأخرى توافق الشافعي في المنع في الظئر وغيرها . ولكن ابن قدامة صحح الجواز مطلقًا . المغني (٤٩٢/٥) .

(٤) وافق الشافعي الصاحبين من الأحناف ورواية الحنابلة . راجع المواضع السابقة للأحناف والحنابلة وللشافعية فتح العزيز (٢٠٠/١٢) ، أسنى المطالب (٤٠٤/٢) شرح المحلي على المنهاج (٦٨/٣ - ٦٩) ، الحاوي (١٤٣) والشافعية لا يفرقون بين الظئر وغيرها .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) . جاء في المهذب (١ / ٥٢٥) واختلف أصحابنا في المستأجرة على الرضاع هل يلزمها الحضانة وغسل الخرق ؟ فمنهم من قال : يلزمها ، لأن الحضانة تابعة للرضاع فاستحقت بالعقد على الرضاع ، ومنهم من قال : لا يلزمها ؛ لأنهما منفعتان مقصودتان تنفرد إحداهما عن الأخرى ، فلا تلزم بالعقد على إحداهما الأخرى . ومن النص يتبيّن لنا أن المعقود عليه هو اللبن .. وهو مذهب الأحناف أيضًا ففي المبسوط (١١٨/١٥) « والأصح أن العقد يرد على اللبن ؛ لأنه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع » .

(٦) سورة البقرة : الآية ٢٣٣ .

(٧) في (م) ، (ع) : [أجرة] .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

أَوْلَـٰدَهُنَّ ﴾ [١] على قوله : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ ﴾ [٢] .

١٧٥٨٤ - ولأنه ذكر رضاع الوالدة ، وقد تكون الوالدة زوجة وتكون [٣] غير زوجة ، والآية تقتضي استحقاقها بكل حال ، وذلك لا يكون إلا على وجه الأجرة . وقال : ﴿ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ ﴾ [٤] . والذي يجب مثله على الوارث هو أجرة الرضاع ، دون نفقة الزوجة .

١٧٥٨٥ - ولأنه جعل الطعام في مقابل إرضاعها ، والزوجة تستحق النفقة أرضعت أو لم ترضع ، ولا يقال : إن الله تعالى ذكر الرزق والكسوة من غير عقد ، وذلك لا يكون إلا في الزوجة . وذكر إرضاعها / ليس لأن النفقة في مقابلته لكن ليبين أن اشتغالها [٥] بالصبي لا يسقط نفقتها كما يسقط [إذا امتنعت] [٦] على زوجها بعمل من الأعمال ؛ وذلك لأنه لما ذكر الطعام في الوالدات [٧] على العموم ، ولم يفصل [٨] بين الزوجة وغيرها ، ولا يمكن حمل ذلك على العموم إلا بشرط الإجارة ، صارت الإجارة مشروطة وإن لم يثبتها .

١٩٩/أ

١٧٥٨٦ - فإن قيل : الآية دلت على وجوب الرزق والكسوة والأصول دلت على أن بدل الأجرة لا يجوز مجهولاً ، فحملنا الآية على الموصوف من الطعام والكسوة ، والأصول دلت على الموصوف من الطعام والكسوة .

١٧٥٨٧ - قلنا : لما قال ﴿ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ علم أن المرجع في صفته إلى العادة ، لقوله تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقَـٰتِ مَتَـٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [٩] وقال ﷺ لهند [١٠] : « خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكِ وَيَكْفِي وَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ » [١١] .

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٣٣ . (٢) سورة البقرة : الآية ٢٣٢ .

(٣) ساقطة من (ن) والمراد أنها قد تكون زوجة ترضع ، أو تكون مطلقة أو متوفى عنها زوجها .

(٤) سورة البقرة : الآية ٢٣٣ .

(٥) في (م) ، (ع) : [استعمالها] . (٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) في (ن) : [الولدان] . (٨) في (م) ، (ع) : [ولم يسقط] .

(٩) سورة البقرة : الآية ٢٤١ وتمامها ﴿ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ .

(١٠) هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف القرشية زوج أبي سفيان وأم معاوية . أخبارها قبل الإسلام معروفة . شهدت أحدًا وفعلت بحمزة ما فعلت ، كانت تؤلب على المسلمين إلى أن جاء الله بالفتح فأسلم زوجها ثم أسلمت هي يوم الفتح ، توفيت في خلافة عمر ، وقيل : في زمن عثمان . راجع الإصابة (١٥٦/٨) ، الاستيعاب (١٩٢٣/٤) ، والأعلام (٩٨/٨) .

(١١) أخرج البخاري في صحيحه من حديث عائشة رضي الله عنها قالت هند أم معاوية لرسول الله ﷺ : إنَّ أبا =

١٧٥٨٨ - ولأنها مؤنة يجبر الأب عليها لتغذية الولد ؛ فجاز أن يكون طعامًا [١] وسطًا غير موصوف . أصله : نفقة الولد ، ولأن كل ما جاز أن يستحق في نفقه الزوجة جاز أن يستحق في أجرة الرضاعة .

١٧٥٨٩ - أصله : الطعام الموصوف والكسوة الموصوفة [٢] ولأن الإجارة نوع عقد يقصد به المنفعة فجاز أن يكون سببًا لاستحقاق طعام وكسوة ، وسطًا غير موصوف كالنكاح .

١٧٥٩٠ - احتجوا : بأن الطعام والكسوة مجهولان جنسًا وقدرًا وصفة ، فلا يجوز أن يكونا أجرة في الرضاع . أصله : الدراهم المجهولة [٣] .

١٧٥٩١ - قلنا : الحاجة داعية إلى أن يكون تدبير طعام الظئر إلى أهل الصبي ؛ لأن صلاح الصبي [إنما يكون بصلاح لبنها ، وصلاح لبنها إنما يكون بصلاح طعامها ، وذلك يختلف] [٤] بحسب طبع الصبي وباختلاف الأوقات [٥] ، فجوز مع الجهالة ليدبروه [٦] في كل وقت بحسب ما يصلحها ويصلح اللبن ، وهذا يدعو إلى اختلاف الأغذية ، فسومح بالجهالة لهذا العذر ، وهو غير موجود في الدراهم إذا كانت أجرة .

١٧٥٩٢ - لأنه لا يعطى مضطرًا إلى جهالتها ؛ فلم يجز شرطها مع الجهالة .

١٧٥٩٣ - قالوا : ما لا يجوز أن يكون أجرة في غير الرضاع [لا يجوز أن يكون

= سُفْيَانَ رَجُل شَحِيح ، فَهَلْ عَلَيَّ جُنَاح أَنْ آخُذَ مِنْ مَالِهِ سرًا ؟ قَالَ : « خُذِي أَنْتِ وَبَنُوكِ مَا يَكْفِيكِ بِالْمَعْرُوفِ » . صحيح البخاري (١٠٣/٣) ، مسلم بمعناه باب قضية هند (١٣٣٨/٣) رقم (١٧١٤) ، وابن ماجه في سننه باب ما للمرأة من مال زوجها (٧٦٩/٢) رقم (٢٢٩٣) .

(١) في (م) : [طعامها] وكلاهما صحيح .

(٢) اتفق العلماء على جواز كون الأجر طعامًا موصوفًا كوصف السلم الذي تنتفي به الجهالة . فقال ابن قدامة في المغني (٤٩٣/٥) وإن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة كما يوصف في السلم جاز عند الجميع وإن لم يشرط طعامًا ولا كسوة ؛ فنفقته وكسوته على نفسه ، وكذلك الظئر . راجع الإشراف لابن المنذر (٢٢٧/١) .

(٣) راجع أسنى المطالب (٤٠٤/٢) والحاوي (١٤٣) وفي المبسوط لمحمد وأبي يوسف (١١٩/١٥) .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) قصد المصنف بذلك أن الأطفال قد يختلف الطبع عندهم من طفل إلى آخر ، فربما احتاج صبي إلى لبن كثير ، ويحتاج غيره إلى قدر يسير ، وربما احتاج طفل في وقت معين إلى لبن أكثر من وقت آخر وبالعكس ، فاقتضت المصلحة ترك تدبير أمر الطعام إلى أهل الصبي ليناسب احتياج الطفل من اللبن حسب كل وقت .

(٦) في (ن) : [ليدروه] .

أجرة في الرضاع [(١)] . أصله : الدراهم المجهولة . قلنا : غير الرضاع [(٢)]] مبدله [(٣)] معلوم [(٤)] فكذلك بدله والرضاع سومح في جهالة المقصود منه ، وهو اللبن [فسومح في جهالة البدل [(٥)]] والفرق بين [(٦)] الطعام المجهول [(٧)] والدراهم المجهولة ما قدمنا [(٨)] .

١٧٥٩٤ – قالوا : بدل مستحق بعقد إجارة ، فوجب أن لا يصح مجهولاً ، كما لو استأجرها للخدمة [(٩)] .

١٧٥٩٥ – قلنا : هنالك لم يسامح في جهالة المعوض [فلم يسامح في جهالة العوض] [(١٠)] وفي مسألتنا : لما سومح بجهالة المعوض الذي هو اللبن كذلك العوض .

١٧٥٩٦ – فإن قيل : العوض في الإجارة هو الخدمة والحضانة [(١١)] دون اللبن [(١٢)] .

---

(١) انظر أقوالهم في نص البيهقي الآتي في المسألة ، وقولهم هنا يوافق ما استدل به الصاحبان من الأحناف . ففي المبسوط (١٩/١٥) : وهذه الجهالة تمنع صحة التسمية كما في سائر الإجارات .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣) في (م) ، (ع) : [بدله] .

(٤) في (م) : [معلومها] ، وفي (ع) : [معلومًا] وكلاهما خطأ .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) وفي غيرهما : « فسومح في جهة البدل » والمراد سومح بالجهالة في جهة البدل .

(٦) في (م) ، (ع) : [من] .

(٧) في (م) ، (ع) : [المجهول] .

(٨) أي ما سبق من قول المصنف أنه مسموح بالجهالة في جهة الطعام والكسوة للحاجة .

(٩) هذا الدليل بمعنى الدليل السابق ، وكذا رد المصنف عليه .

(١٠) ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) حَضَنَ الصبي حضنًا وحِضَانَة بالكسر : جعله في حضنه أو رباه . وفي الاصطلاح : تربية من لا يستقل بأموره بما يصلحه ويقيه عما يضره ولو كبيرًا مجنونًا كأن يتعهده بغسل جسده وثيابه .. وهي نوع ولاية وسلطنة ، لكن الإناث أليق بها ؛ لأنهنَّ أشفق وأهدى إلى التربية ، وأصبر على القيام بها . راجع القاموس باب النون فصل الحاء (٢١٧/٣) . والإقناع (١٤٤/٣) .

(١٢) اختلفت كلمة الفقهاء في كون العقد في إجارة الظئر واردًا على اللبن أم على الحضانة ، مما يستلزم التعرض لذلك بنوع تفصيل ثم اختيار ما يظهر رجحانه منها ؛ فعند الأحناف أن العقد وارد على اللبن وما سواه فيما ذكر السرخسيّ في مبسوطه . بينما يرى صاحب تبيين الحقائق عكسه فيقول : « لا نسلم أن العقد يرد على استهلاك العين (أي اللبن) بل على المنفعة وهو حضانة الصبي وتلقيمه ثديها وخدمته وتربيته واللبن تابع » . وسبب الخلاف : أن اللبن عين ، والعين لا يجوز عقد الإجارة عليها بل على المنفعة ، فمن تمسك بهذا منع ورودها على اللبن وجعلها على الحضانة ، ومن قال : إنها على اللبن جعل ذلك مستثنى من أصل الإجارة ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ... ﴾ وهذا الخلاف الوارد عند الأحناف لا يكاد يخلو منه مذهب من المذاهب الأربعة بيانه : – عند المالكية : الذي يظهر من مذهب المالكية رجحان كون العقد واردًا على اللبن ، ففي بداية المجتهد في الكلام على فسخ الإجارة : فإن كان مما يقصد عينه انفسخت =

١٧٥٩٧ - قلنا : المقصود بالعقد هو اللبن ، ولهذا يضاف العقد إلى الرضاع دون غيره ، والعقد يضاف إلى ما تناوله العقد .

١٧٥٩٨ - فإن قيل : إذا استأجر دارًا فالماء الذي في البئر تتناوله الإجارة ، وما يؤخذ منه مجهول ، ولا يدل ذلك على جواز جهالة الأجرة .

١٧٥٩٩ - قلنا : الماء لا تتناوله الإجارة ولا يملك بها إنما [1] هو على أصل الإباحة فيتناوله بإباحة الأصل ، لا بالعقد .

١٧٦٠٠ - قالوا : لو كان كذلك لم يثبت الخيار للمستأجر إذا نضب ماء البئر .

١٧٦٠١ - قلنا : يثبت له الخيار إذا انقطع ماء النهر ، وإن كان ماء النهر لا يملك بل [2] يوجد على الإباحة إلا أن الخيار يثبت ؛ لأن الدار مستأجرة ، وانقطاع الماء يوجب [3] نقصان منافعها .

الإجارة كالظئر إذا مات الطفل . وفي الشرح الصغير : جواز إيجار مرضع لترضع طفلًا ، وإن كان فيه استيفاء عين قصدا ، للضرورة . وإن كان هذا هو المذهب إلا أنه ورد ما يشعر بالخلاف فيه ، ففي شرح الزرقاني على مختصر خليل وهامشه يجوز على استرضاع طفل استجارٌ ، وإن كان اللبن عينًا ، لأن اللبن الذي يرضعه الصبي لا قدر له . أما عند الشافعية فقد سبق ذكر نص المهذب في هذه المسألة وتبيَّن أنه يميل إلى كون العقد واردًا على اللبن ، إلا أن صاحب نهاية المحتاج ذكر خلافه ، فيرى أن المعقود عليه الحضانة حتى إنه قال : لو استأجرها للإرضاع ونفي الحضانة الصغرى ، وضعه في الحجر وإلقامه الثدي لم يصح . وعند الحنابلة الخلاف السابق . ورجح البهوتي في شرح منتهى الإيرادات وابن قدامة في المغني كونه واردًا على اللبن . والذي نراه راجحًا : كون العقد في الإجارة على الإرضاع واردًا على اللبن . قال السرخسي : والأصح أن العقد يرد على اللبن ؛ لأنه هو المقصود ، وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تبع ، والمعقود عليه هو منفعة كل عضو على حسب ما يليق به ، وهكذا ذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه قال : استحقاق لبن الآدمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ، وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه يجوز استحقاقه بعقد الإجارة ، وقد ذكر في الكتاب - أي القدوري - أنها لو ربت الصغير بلبن الأنعام لا تستحق الأجرة ولو قامت بمصالحه ؛ فلو كان اللبن تبعًا ولم يكن بمقابلته لاستوجب الأجر . راجع المسألة في المبسوط (١١٨/١٥ ، ١١٩) ، اللباب (١٠١/٢) ، تبيين الحقائق (١٢٧/٥) ، بداية المجتهد (١٧٣/٢) ، شرح الزرقاني على مختصر خليل (١٤/٧ ، ١٥) ، الشرح الصغير (٣٠٨/٣) ، المهذب (٥٢٥/١) ، نهاية المحتاج (٢٩٥/٥ ، ٢٩٦) ، شرح منتهى الإيرادات (٣٥٤/٢) ، المغني (٤٩٧/٥) .

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٢) بالنسخ [بابا] وهو خطأ .
(٣) في (م) ، (ع) : [موجب] . قال الشيرازي مستدلًا للشافعية ومناقشًا أدلة الأحناف : « لنا أنه بدل يستحق بالشرط ، فلا يجوز أن يكون طعمة وكسوة مجهولة كالثمن والمهر والأجرة في سائر الإجارات ، فإن قيل في الأصل : « الثمن والمهر » المعوض معلوم المبيع والبضع وها هنا اللبن مجهول ، قلنا : بل هو معلوم بتقدير =

١٧٦٠٢ - قالوا : يجوز أن يسامح في أحد بدلي العقد للحاجة ، ولا يدل ذلك على جواز مثله في البدل الآخر ، كما جاز التأجيل في المسلم فيه للحاجة إليه ، ولم يدل ذلك على جوازه في رأس المال .

١٧٦٠٣ - قلنا : التأجيل لو جاز في رأس المال لصار دينًا بدين ، وذلك ممنوع منه .

* * *

= المدة كالخدمة معلومة بذكر المدة ، فإن قيل : لا حاجة في الأصل إلى الطعمة وههنا حاجة لأن صلاح اللبن بصلاح الطعمة ، قلنا : فيجب أن لا يجوز بالكسوة المجهولة ، ولوجب أن لا يجوز على طعمة بتتها ؛ لأنه لا حاجة إلى ذلك ، ولأنه لو جعل الأجرة ثوبًا مجهولًا ؛ لم يجز ولم يجهل عين الصفة فلأن لا يجوز ههنا وقد جهل الجنس والقدر والصفة أولى . فإن احتجوا بقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ ... ﴾ الآية ، قلنا : يحتمل أنه أراد نفقة الزوجة ، وخص حال الرضاع ، لئلا يظن ظان أنها كالناشزة لاشتغالها عن خدمة الزوج بالولد ، قالوا : نوع عقد يقصد به المنفعة ، فجاز أن يكون سببًا لاستحقاق طعمة وكسوة غير موصوفة كالنكاح . قلنا : النكاح يجوز مع الجهل بالمدة ، ولا يجوز ذلك ههنا ، ولأن ذاك بدل يثبت من طريق الحكم فهو كمهر المثل ، وهذا بدل يثبت بالشرط فهو كالمهر المسمى . قالوا : مؤنة يجبر عليها لتغذية الولد ، فجاز أن يكون طعامًا وسطًا غير موصوف كنفقة الولد . قلنا : ذاك يجب على جهة الصلة ، وهذا يجب بالعقد على سبيل العوض ، فهو كالأعواض في العقود . النكت ورقة (١٦٩) .

مسألة ٨٧٥

إجارة المؤجر ما استاجره بأكثر من اجرته

١٧٦٠٤ - قال أصحابنا : إذا أجر (١) ما استأجره (٢) بجنس الأجرة (٣) لم يطب له الفضل (٤) إلا أن يكون زاد في الدار ما يزيد الانتفاع به (٥) .

١٧٦٠٥ - وقال الشافعي رحمه الله : يطيب (٦) له الفضل (٧) .

١٧٦٠٦ - لنا : نهيه عليه السلام عَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنْ (٨) والمنافع لم تدخل في ضمان

---

(١) في (م) ، (ع) : [أجره] .

(٢) لغير مؤجره ؛ لأنا علمنا مما سبق أنه لا يجوز إجارتها لمؤجرها .

(٣) قوله : بجنس الأجرة قيد مهم لأنها لو كانت بغير جنس الأجرة طاب له الفضل .

(٤) إنما قال : لم يطب ولم يقل لم يجز ؛ لأن الإجارة إن كانت بأكثر مما أستأجرها به تجوز عند الأحناف ، غير أنه يلزمه التصدق بالزيادة كما سيأتي .

(٥) الحاصل : أن المستأجر إذا أجر ما استأجره لغير مؤجره جاز ذلك بمثل ما استأجرها به أو أقل ، فإن كان بأكثر مما استأجرها به فلا يطيب الفضل مع جواز الإجارة إلا في حالتين . الأولى : أن يكون زاد فيها عملاً يزيد به الانتفاع ، كأن يكون أحدث فيها تجديد بياض أو إنارة ، أو غير ذلك . الثانية : أن تكون الأجرة من غير جنس ما استأجرها به ، كأن يكون استأجرها بذهب فيؤجرها بفضة ، ففي هاتين الحالتين يطيب له الفضل والإجارة في غيرهما صحيحة والفضل يجب التصدق به . ففي البدائع : ولو أجرها المستأجر بأكثر من الأجرة الأولى فإن كانت الثانية (الأجرة) من خلاف جنس الأولى ، طابت له الزيادة ، وإن كانت من جنس الأولى لا تطيب له حتى يزيد في الفضل ويتصدق به لكن تجوز الإجارة لأن الزيادة في عقد لا يعتبر فيه المساواة بين البدل والمبدل لا تمنع صحة العقد ، وهنا كذلك فيصح العقد ، وأما التصدق بالفضل إذا كانت الأجرة الثانية من جنس الأولى ، فلأن الفضل ربح ما لم يضمن ، لأن المنافع لا تدخل في ضمان المستأجر . هذا هو رأى الأحناف وللحنابلة رواية توافق رأي الأحناف . راجع البدائع (٢٠٦/٤) ، حاشية ابن عابدين (٩١/٦) ، الكافي (٣٢٤/٢ ، ٣٢٥) .

(٦) في (ن) : [يطب] .

(٧) وافق الشافعي في هذه المسألة المالكية ، وما عليه العمل عند الحنابلة . وقد سبق أن لهم رواية توافق الأحناف ، ولهم رواية ثالثة أنه إذا أذن له المؤجر في الزيادة جاز إلا أن المذهب عندهم يتفق مع الشافعية . راجع المهذب (٥٢٧/١) ، مواهب الجليل (٤١٦/٥ ، ٤١٧) ، شرح الخرشي (٩/٧) ، الكافي لابن قدامة (٣٢٤/٢ ، ٣٢٥) .

(٨) أخرجه أحمد في المسند من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ ، وَعَنْ بَيْعٍ وَسَلَفٍ ، وَعَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنْ ، وَعَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ . المسند (١٧٥/٢ ، ٢٠٥) ، وابن ماجه في سننه باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن (٧٣٨/٢) رقم (٢١٨٩) ، والدارمي باب النهي عن شرطين في بيع (٢٥٣/٢) .

المستأجر [١] بل [٢] يطيب له ربحها .

١٧٦٠٧ - فإن قيل : نحمله على ما يصح طلب الربح فيه بعد الضمان .

١٧٦٠٨ - قلنا : هذا تخصيص بغير دليل ، ولأن المنافع لم تدخل في ضمان المستأجر فلم يطلب له الأجر [٣] بأكثر من المسمى .

١٧٦٠٩ - أصله إذا استأجر دارًا [٤] مدة لم يحضرها [٥] ثم أجرها ، ولأن المعقود عليه لو هلك كان في ضمان غيره فلم يطب له الربح فيه . أصله المبيع في يد البائع إذا جنى عليه ، وكانت القيمة أكثر من الثمن .

١٧٦١٠ - ولأنه عقد يختص بالمنفعة [٦] [فإذا عقد [٧]] على المنفعة المعقود عليها فيه ببدل لم يملك عليه لم يطب له [٨] . أصله العارية .

١٧٦١١ - ولا يلزم الموصي له بالغلة إذا أجر ، لأن ذلك العقد لا يختص بالمنفعة .

١٧٦١٢ - [ولا يلزم [٩]] إذا زاد في الدار شيئًا ؛ لأن زيادة الأجرة [١٠] تكون مقابلة للزيادة ، فلا يحصل هناك ربح في المنفعة .

١٧٦١٣ - احتجوا بأن كل عقد جاز تقدير رأس المال جاز طلب الربح فيه أصله البيع .

١٧٦١٤ - قلنا : ينتقض إذا اشترى درهمًا بدرهم يجوز العقد عليه بقدر رأس المال ، وبأن يبيعه بغير جنسه .

١٧٦١٥ - قلنا : فعلى هذا نقول بموجب العلة ؛ لأن عندنا يؤجر الدار بمثل الأجر في الوزن من جنس أجود [١١] منها ، فيجوز ويؤجرها [١٢] بغير جنس رأس المال فيطيب له الربح [١٣] .

---

(١) الدليل على أنها لا تدخل في ضمان المستأجر : ما ذكره صاحب البدائع من أنه : لو هلك المستأجر فصار بحيث لا يمكن الانتفاع به كان الهلاك على المؤجر وكذا لو غصبه غاصب . « البدائع » (٢٠٦/٤) .

(٢) كذا بالنسخ ولعل صوابها [فلا] .

(٣) في (م) ، (ع) : [الأمر] .

(٤) في (م) ، (ع) : [داره] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يحضر] ويقصد إذا استأجر دارا فلم يسكنها .

(٦) في (م) ، (ع) : [المنفعة] .

(٧) ساقط من (ن) .

(٨) في (م) ، (ع) : [عليه] .

(٩) ساقط من (م) ، (ع) .

(١٠) في (ن) : [الأجر] .

(١١) في (م) ، (ع) : [ما أجر] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [ومؤجرها] .

(١٣) في (م) ، (ع) : [رأس المال] وهو خطأ .

١٧٦١٦ - قالوا : ما جاز إجارته [١] برأس المال جاز أكثر منه . أصله إذا أحدث فيها عملًا [٢] .

١٧٦١٧ - قلنا : إذا أحدث فيها عملًا [٣] يؤثر في زيادة المنافع ، فزيادة [٤] الأجرة في مقابلتها ، ويصير عاقدًا على المنفعة التي ملكها وزيادة منفعة يملكها فكأنه أجر دارين [٥] .

١٧٦١٨ - ولا يلزم إذا زاد السعر في المنافع أو كنس الدار ؛ لأنه لم يزد عينًا يختص بمنفعتها حتى يتناولها العقد ، وإنما عقد على المنفعة الأولى زائدة السعر .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [جازته] .

(٢) استدل الإمام الماوردي للشافعية في هذه المسألة ، فقال : « دليلنا هو أن من يملك الإجارة في حق نفسه لم تتقدر عليه الأجرة كالمالك ، ولأن كل قدر صح أن يؤجر به المؤجر صح أن يؤجر به المستأجر كالمثل ، ولأن كل حال جاز له العقد فيها بقدر جاز له الزيادة عليه كما أو أحدث عمارة ، ولأنها منفعة ملكها بعوض فصح أن يزيل ملكه بأكثر من ذلك العوض كالزوج يجوز أن يخالع بأكثر من الصداق . راجع الأدلة في النكت ورقة ١٦٨ .

(٣) في (م) ، (ع) : [عينا] . (٤) في (ن) : [بزيادة] .

(٥) ناقش الشيرازي هذا ، فقال : « إذا لم تساو العمارة الزيادة يجب أن لا يجوز ، كما قلتم فيمن اشترى عبدًا يساوى عشرة بألف وباعه مع عبد يساوي عشرين من بائعه بألفين ، ولأنا بينا أن المنافع كالأعيان المقبوضة في جواز العقد عليها ، فكان الربح فيها كالربح في الأعيان ، ولأنه لو لم يطب له الربح لما أمر بالتصدق به ؛ إذ لا يتصدق الإنسان إلا بأطيب مال . النكت ورقة (١٦٨) .

مسألة ٨٧٦

بيع العين المؤجرة

١٧٦١٩ - قال أصحابنا : إذا باع الدار بعد ما أجرها فالبيع موقوف ، فإن أجازه المستأجر جاز [١] .

١٧٦٢٠ - وقال الشافعي : في أحد قوليه [٢] : البيع جائز ، وللمشترى الخيار إن كان لم يعلم بالإجارة [٣] .

١٧٦٢١ - لنا : أنها محبوسة لاستيفاء حق ، فلا ينفذ بيعها بغير رضا من له الحق كالرهن .

١٧٦٢٢ - ولا يلزم الأمة المنكوحة ؛ لأنها ليست محبوسة .

١٧٦٢٣ - ولا يلزم إذا حبس المؤجر في دين [٤] ؛ لأن البيع لا يجوز حتى يزول

---

(١) اختلفت الروايات عن الأحناف في هذه المسألة ، ولذا اختلف النقل في كتب المذهب . إلا أن صاحب البدائع وفق بينها فقال : « لو باع المؤجر الدار المستأجرة بعد ما أجرها من غير عذر ، ذكر في الأصل أن البيع لا يجوز ، وذكر في بعض المواضع أن البيع موقوف ، وذكر في بعضها أن البيع باطل ، والتوفيق ممكن ، لأن معنى قوله : لا يجوز أي لا ينفذ . وهذا لا يمنع التوقف ، وقوله : باطل ، أي ليس له حكم ظاهر للحال ، وهو تفسير التوقف ، والصحيح أنه جائز في حق البائع والمشترى ، موقوف في حق المستأجر ، فإن أجاز جاز ، وإن أبي فللمشترى أن يفسخ البيع ، ومتى فسخ لا يعود جائزًا بعد انقضاء مدة الإجارة . راجع البدائع (٢٠٧/٤) ، تبيين الحقائق (١٤٥/٥) .

(٢) القولان للشافعي في مسألة بيعها لغير المستأجر . أما لو باعها للمستأجر فجائز قولًا واحدًا . قال في المهذب : وإن أجر عينًا ثم باعها من غير المستأجر ففيه قولان : أحدهما : أن البيع باطل لأن يد المستأجر تحول دونه ، فلم يصح البيع كبيع المغصوب من غير الغاصب ، والمرهون من غير المرتهن . والثاني : يصح لأنه عقد على المنفعة فلم يمنع صحة البيع ، كما لو زوج أمته ثم باعها ، ولا تنفسخ الإجارة كما لا ينفسخ النكاح في بيع الأمة المزوجة . وإن باعها من المستأجر صح البيع قولًا واحدًا ؛ لأنه في يده ولا حائل دونه فصح بيعها منه . راجع المهذب (٥٣٣/١) ، مغني المحتاج (٣٦٠/٢) ، الحاوي (٢٢٦) ، نهاية المحتاج (٣٢٨/٥) . ومذهب المالكية والحنابلة صحة البيع للمستأجر وغيره مع ثبوت الخيار إذا كان البيع لغير المستأجر إن لم يكن يعلم المشترى بالإجارة ، كالقول الذي أثبته المصنف للشافعي هنا . راجع مواهب الجليل (٤٠٧/٢) ، المغني لابن قدامة (٤٧٢/٥) ، كشاف القناع (٣١/٤) .

(٣) راجع مغني المحتاج والحاوي والمهذب في المواضع السابقة .

(٤) في تبيين الحقائق : « وإن كان عليه دين فحبس به فباعه (أي المأجور) فهذا عذر وبيعه جائز ؛ لأنه لا يتخلص عن عهدة الدين إلا ببيعه » تبيين الحقائق (١٤٥/٥) .

الحبس بفسخ الإجارة .

١٧٦٢٤ - قال في الزيادات [١] : يفسخها القاضي [٢] ، ولا يلزم إذا أجر داره شهر رمضان وهما في المحرم ثم باعها قبل شهر رمضان .

١٧٦٢٥ - لأن الطحاوي [٣] ذكر في الاختلاف [٤] عن ابن سماعة [٥] عن محمد

---

(١) الزيادات على الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن تأليف سليمان الحنفي ، مخطوط بدار الكتب المصرية تحت رقم (١٢٤٢) رقم ميكروفيلم (٢٠٠٢) .

(٢) جاء في المبسوط : « وإن كان على المؤجر دين فحبس في دينه فباعه فهذا عذر ؛ لأن في إيفاء العقد ضررا لم يلتزمه بالعقد ، وهو الحبس فإن عقد الإجارة لا يزيل ملكه عن العين ، ولا يثبت للمستأجر حق في ماليته فيكون المديون مجبورًا على قضاء الدين من ماليته محبوسًا لأجله إذا امتنع ، فلهذا كان ذلك عذرًا له في الفسخ ، ثم ظاهر ما يقول هنا يدل على أنه يبيعه بنفسه فيجوز ، وقد ذكر في الزيادات أنه يرفع الأمر إلى القاضي ليكون هو الذي يفسخ الإجارة ويبيعه ، وهو الأصح ؛ لأن هذا فصل مجتهد فيه ، فيتوقف على إمضاء القاضي كالرجوع في الهبة . المبسوط (٣/١٦) . وتبعًا لهذا الاختلاف في النقل عن محمد بن الحسن اختلف الأحناف في الفسخ هل يلزم فيه رفع الأمر إلى القاضي أو لا ؟ ففي كنز الدقائق نقلًا عن الجامع الصغير : « وكل ما ذكر أنه عذر فإن الإجارة فيه تنتقض » ثم قال : وهذا يشير إلى أنه لا يحتاج إلى قضاء القاضي ؛ لأنه بمنزلة العيب في المبيع قبل القبض فينفرد العاقد بالفسخ . وفي الزيادات : أن الأمر يرفع إلى الحاكم ليفسخ الإجارة ؛ لأنه فصل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضي كالرجوع في الهبة . قال السرخسي : هو الأصح ، ومنهم من وفق فقال : إذا كان العذر ظاهرا انفسخ وإلا فيفسخه الحاكم ، وقال قاضيخان والمحبوبي : العذر الظاهر مثل استئجار الحداد لقلع الضرس ثم سكن الوجع . راجع كنز الدقائق ، تبيين الحقائق (١٤٦/٥) ، واللباب (١٠٥/٢) .

(٣) أحمد بن محمد بن سلامة أبو جعفر الطحاوي ، إمام جليل القدر مشهور ، كان يقرأ على المزني الشافعي وهو خاله ، وكان الطحاوي يكثر النظر في كتب أبي حنيفة ، فقال له المزني : والله لا يجيء منك شيء ، فغضب وانتقل من عنده ، وتفقه في مذهب أبي حنيفة وصار إمامًا . له تصانيف كثيرة منها : أحكام القرآن ، ومعاني الآثار ، ومشكل الآثار ، والمختصر واختلاف الفقهاء وغيرها ، والطحاوي بفتح الطاء والحاء المهملتين نسبة إلى طليحة قرية بصعيد مصر توفي سنة ٣٢١ هـ . راجع الفوائد البهية ص (٣٢) ، حسن المحاضرة (٣٥٠/١) ، طبقات المفسرين للداوودي (٧٣/١) ، العبر (١٨٦/٢) ، مرآة الجنان (٢٨١/٢) ، طبقات الحفاظ (٣٣٧) وغيرها .

(٤) قال الطحاوي : قال أصحابنا : لا يجوز بيعه إلا أن يكون عليه دين فحبس به فباعها في دينه ، فهذا عذر والبيع جائز . وحكى ابن أبي عمران عن أبي يوسف في إملائه أن المشتري إن علم أنه مستأجر فالبيع جائز ، وينتظر انقضاء الإجارة بمنزلة من اشترى سلعة وعلم بها عيبًا ، وإن لم يعلم أنه مستأجر فهو بالخيار : إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء رضي . راجع اختلاف الفقهاء للطحاوي مخطوط بدار الكتب رقم ٦٤٧ ميكروفليم رقم ٣٠٢٩٧ ورقه ١١٤ .

(٥) محمد بن سماعة بن عبد الله بن هلاك بن وكيع أبو عبد الله التميمي ، حدث عن الليث بن سعد وأبي =

أنه لا يجوز بيعه .

١٧٦٢٦ - وكذلك ذكر أبو الحسن [1] في الجامع [2] والحكم في المنتقى ، على أنه لا يلزم على العلة ؛ لأن الدار ليست محبوسة قبل المدة .

١٧٦٢٧ - ولا يلزم إذا أنفق على اللقطة [3] بإذن القاضي وحبسها ؛ لأنه لا رواية فيه ، والظاهر أن بيع المالك لا يجوز .

١٧٦٢٨ - قالوا : الرهن عقد على الرقبة [4] يعقد رقبة بعقد [5] البيع على ما يتناوله العقد الأول ، والإجارة عقد على المنفعة [6] فلا يمنع العقد على الرقبة التي لم يعقد عليها ، وصار وزان الرهن : إن يؤجر الدار المستأجرة فلا يجوز ؛ لأنه [7] عقد على ما

= يوسف ومحمد ، وأخذ الفقه عنهما ، وولي القضاء للمأمون ببغداد بعد موت أبي يوسف ، له مصنفات منها : أدب القاضي وكتاب المحاضر والسجلات وغيرها توفي سنة (٢٣٣ هـ) وكان له من العمر مائة وثلاث سنوات . راجع الفوائد البهية ص (١٧٠) ، مختصر طبقات الحنفية ص (١٤٣) ، شذرات الذهب (٢٣٦/١) وغيرها .

(١) عبيد الله بن الحسن أبو الحسن الكرخي . أخذ الفقه عن أبي سعيد البردعي عن إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة عن أبيه عن جده ، وانتهت إليه رياسة الحنفية بعد أبي خازم . تفقه عليه أبو بكر الرازي وأبو علي أحمد بن محمد الشاشي الفقيه وأبو حامد الطبري وغيرهم . وهو ينسب إلى كرخ قرية بنواحي العراق توفي سنة (٣٤٠ هـ) ليلة النصف من شعبان . راجع : الفوائد البهية (١٠٨) ، الأعلام (١٩٣/٤) ، معجم المؤلفين (٢٣٩/٦) .

(٢) لأبي الحسن الكرخي الجامع الصغير والكبير ، ذكرهما صاحب كشف الظنون نقلًا عن ذكر الكرخي لهما في مختصره ، قال : « الجامع الكبير لأبي الحسن الكرخي ... ذكره في مختصره وقال : من أراد مجاوزة ما في هذا أكثر من ذلك فالكبير يستغرق ذلك كله . راجع كشف الظنون (٥٧٠/١) أبي الفضل محمد بن أحمد صاحب الكافي المقتول شهيدًا سنة (٣٣٤ هـ) وكتابه المنتقى كتاب في فروع الحنفية فيه نوادر من المذهب ولا يوجد ، وقال الحكم : نظرت في ثلاثمائة جزء مؤلف مثل الأمالي والنوادر حتى انتقيت كتاب المنتقى . راجع كشف الظنون (١٨٥١/٢) ، معجم المؤلفين (١٨٥/١١) .

(٣) اللقطة بضم اللام وفتح القاف على المشهور عند أهل اللغة والمحدثين ، وقال عياض : لا يجوز الإسكان ، وقال الزمخشري في الفائق : والعامة تسكنها . واللقطة : ما يلتقط ويوجد على غير طلب ولا يعرف صاحبه . راجع الفائق للزمخشري (٣٦٥/١) ط مصر ، ومشارق الأنوار للقاضي عياض (٣٦٢/١) ط مصر ، جامع الأصول لابن الأثير (٢٩٠/٩) ط الملاح - دمشق .

(٤) في غير (ن) : [الرهن عقد رقبة بعقد رقبة] .

(٥) في (ع) : [بعقد] .

(٦) راجع المهذب (٥٣٣/١) ، مغني المحتاج (٣٦٠/٢) .

(٧) في غير (ن) : [لأنها] .

يتناوله العقد الآخر (١) .

١٧٦٢٩ - قلنا : لا فرق بينهما ؛ لأن الرهن عقد على الرقبة وثيقةً وحبسًا (٢) والبيع عقد على الرقبة ملكًا (٣) فما وقع عليه أحد العقدين (٤) غير ما وقع عليه الآخر .

١٧٦٣٠ - ولهذا يصح أن يعقد الرهن في ملك غيره إذا أعاره (٥) فيكون الملك لمالكه والرهن من المستعير (٦) فأما البيع وإن وقع على (٧) الرقبة فمن حكم منافعها أن تستحق بمقتضى ملك الرقبة ، فصارت المنفعة من هذا الوجه كأن العقد (٨) تناولها .

١٧٦٣١ - قالوا : من حق المرتهن أن يباع الرهن في ذمته إذا تعذر القضاء (٩) ؛ فلو جوزنا بيع الراهن (١٠) سقط بذلك حق المرتهن (١١) .

١٧٦٣٢ - قلنا : وكذلك الإجارة عندنا ؛ لأن المؤجر إذا مات مفلسًا انقضت الإجارة ، وإن كان المستأجر أحق بإمساك الدار من سائر الغرماء ، وتباع فيقضي دينه منها ، فإذا جوزنا بيع المؤجر أبطل هذا الحق على المستأجر ، وهو كبيع الراهن المبطل لحق المرتهن من البيع (١٢) .

---

(١) أي إجارة الدار المستأجرة عقد على المنفعة التي سبق وعقد عليها المستأجر الأول .

(٢) من المعلوم أن عقد الرهن من عقود التوثيقات ، ولا يملك المرتهن في المرهون إلا حق الحبس حتى يستوفى دينه ، ثم يرده إلى الراهن ، فملك العين فيه للراهن وليست للمرتهن ، حتى في حالة بيع الرهن فإنه يباع على ملك الراهن .

(٣) لأن عقد البيع يقتضي ملك البائع للثمن والمشتري للمبيع .

(٤) عقد البيع وعقد الرهن .

(٥) في (م) ، (ع) : [أعادة] وهو خطأ ، والمراد صحة استعارة الشيء لرهنه .

(٦) قال ابن عابدين : « وصح استعارة شيء ليرهنه ، لأن المالك رضى بتعلق دين المستعير بماله ، وهو يملك ذلك كما يملك تعلقه بذمته بالكفالة فيرهن بما شاء إذا أطلق - أي المعير - ولم يقيده بشيء ، وإن قيده بقدر أو جنس أو مرتهن أو بلد تقيد به - أي المستعير - . راجع حاشية ابن عابدين (٥١٣/٦) ، المبسوط (١٥٨/٢١) .

(٧) في (م) ، (ع) : [عين] .

(٨) في (م) ، (ع) : [كالعقد] .

(٩) أي قضاء الدين الذي على الرهن .

(١٠) في (م) ، (ع) : [الرهن] .

(١١) قال في المهذب : ولا يملك - الراهن - التصرف في العين بما فيه ضرر على المرتهن لقوله ﷺ : « لا ضَرَرَ وَ لاَ ضِرَارَ » فإن باعه أو وهبه ، أو جعله مهرًا في نكاح ، أو أجرة في إجارة ، أو كان عبدًا فكاتبه لم يصح ؛ لأن تصرفه لا يسري إلى ملك الغير ؛ لأنه يبطل به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح من الراهن بنفسه كالفسخ . راجع المهذب (٤١٢/١) .

(١٢) يرى جمهور الفقهاء أن الراهن ليس له أن يبيع العين المرهونة وهي في يد المرتهن ؛ لأن ذلك إبطال لحق المرتهن ، وأن الراهن إن باعها فللمرتهن الحق في الإجازة أو الفسخ . راجع المبسوط (٦٣/٢١) ، المهذب =

١٧٦٣٣ – ولأنه عقد يمنع الرهن من غيره فيمنع نفوذ البيع . أصله : الرهن والكتابة والبيع ، ولأنه عاجز عن تسليم العين عقيب العقد لعدم ثبوت يده عليها ، فوجب أن لا ينفذ بيعه [١] فيها ، كالعبد الآبق [٢] .

١٧٦٣٤ – فإن قيل : تعذر التسليم لأنه إن كان عقارًا خلى بين المشتري وبين الرقبة وهي في يد المستأجر [٣] وإن كان مما ينقل [٤] أخذه من يده [٥] فسلمه إليه [٦] ثم رده إليه [٧] ولا ضرر [٨] عليه [٩] في هذا القدر ، وهذا كما لو انسدت البالوعة فقال المؤجر : أنا أعملها وذلك في مدة يسيرة جاز وإن زالت يد المستأجر [١٠] .

١٧٦٣٥ – قلنا : المستحق على البائع تسليم العقار مفرغًا ، وأما إذا سلمه وهو مشغول بسكنى المستأجر ومتاعه فلا يجوز في مدة يسيرة ولا كثيرة ؛ لأنه مستحق للسكنى في جميع المدة .

١٧٦٣٦ – وهذا معنى [١١] قولنا : إن التسليم يتعذر [١٢] . فأما إصلاح [١٣] البالوعة /

= (٤١٢/١) ، بداية المجتهد (٢٠٩/٢) ، شرح منتهى الإيرادات (٢٣٤/٢) ، وتوثيق الدين بالرهن والكفالة للدكتور كمال جودة أبو المعاطى ص (٤٩) ط دار الهدى .

(١) أي المؤجر إذا باع الدار المستأجر ؛ لأنها مشغولة بإجارة المستأجر لها ، ومن شرط صحة البيع القدرة على تسليم المبيع .

(٢) وإن كان هذا هو المذهب عند الأحناف إلا أن الكرخي منهم يرى جواز بيع العبد الآبق حتى لو ظهر وسلم يجوز ، ولا يحتاج إلى تجديد البيع ؛ لأن الإباق لا يوجب زوال الملك . راجع البدائع (١٤٧/٥) .

(٣) فيكون هذا تسليمًا ؛ لأن شأن التسليم في غير المنقول هو التخلية ، وفي المنقول نقله وتسليمه إلى المشتري وقيل تكفى التخلية أيضًا .

(٤) في (ع) : [ينفذ] وهو خطأ .

(٥) أي المؤجر .

(٦) من يد المستأجر .

(٧) إلى المشتري .

(٨) أي إلى المستأجر ومعناه : وإن كان المباع مما ينقل أخذه البائع من يد المستأجر فسلمه إلى المشتري ثم رده إلى مستأجرة مرة أخرى ليستوفى إجارته ، ويكون حصل بذلك التسليم ، ولم يعد من جراء هذا الأمر ضرر على المستأجر ؛ لأن غاية ما هناك أن العين انتقلت من مالك ، أما المنافع فهي بحالها في يد المستأجر .

(٩) في (م) ، (ع) : [ولا قدر] وهو خطأ .

(١٠) أي على المستأجر .

(١١) في مغني المحتاج : « العين تؤخذ منه وتسلم للمشتري ثم تعاد إليه يستوفي منفعتها إلى آخر المدة ، ويعفى عن القدر الذي تم التسليم فيه ؛ لأنه يسير لا يثبت فيه خيار المستأجر كما لو أسندت بالوعة الدار فلا خيار ، لأن زمن فتحها يسير . مغني المحتاج (٣٦٠/٢) .

(١٢) ساقطة من (م) ، (د) .

(١٣) في (ن) : [متعذر] .

فذلك لا يوجب زوال يد المستأجر ، وإنما يفسخها [١] المؤجر . واليد للمستأجر كما يعملها الصانع والكلام فيما يوجب زوال يده [٢] .

١٧٦٣٧ - احتجوا : بأن الحاكم لو باعها في دين على المؤجر لم يجز فسخ بيعه ، وكل من لا يعتبر إذنه في بيع الحاكم لا يعتبر إذنه في بيع مالكه [٣] . أصله : الزوج في بيع الأمة المزوجة [٤] .

١٧٦٣٨ - قلنا : الحاكم لا يجوز بيعه عندنا حتى يقدم عليه فسخ الإجارة ، فيحصل بيعه [٥] .

١٧٦٣٩ - ولاحق هناك للمستأجر حتى يعتبر إذنه في بيع الحاكم [٦] . ولو باع المؤجر بعد فسخ الحاكم جاز أيضًا ، ولم يعتبر في بيعه إذن المستأجر فلا فرق بينهما .

١٧٦٤٠ - قالوا : عقد على منفعة فلا يمنع العقد على الرقبة كمن زوج أمته ثم باعها [٧] .

١٧٦٤١ - قلنا : الزوج لا يثبت له [٨] حق الحبس [٩] في الأمة فلا يمنع ذلك من تسليمها والمستأجر ثبت له حق الحبس [١٠] فيمنع حقه من التسليم ، ومنع التسليم مؤثر [١١] في البيع .

١٧٦٤٢ - فإن قيل : الزوج له حق في الاستمتاع إذا فرغت من خدمة المولى وذلك

---

(١) في (م) ، (ع) : [صلاح] .

(٢) في (ص) ، (م) ، (ع) : [البدل] وهو خطأ .

(٣) قصد الشافعية بهذا عدم فسخ الإجارة ؛ لأن بيع الدار المؤجرة عندهم على القول الذي يجيز بيعها ، فالبيع جائز ، والإجارة بحالها لا تنفسخ على الأصح عندهم ، فلا يثبت للمستأجر حق الفسخ . قال في المهذب : « ولا تنفسخ الإجارة كما لا ينفسخ النكاح في بيع الأمة المزوجة . المهذب (٥٣٣/١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [والزوجة] وهو خطأ .

(٥) هذا هو اختيار المصنف ، والأمر محل خلاف في المذهب ؛ ففي تبيين الحقائق : « واختلفوا في كيفية فسخه فقال بعضهم : يبيع الدار أولًا وينفذ بيعه وتنفسخ الإجارة ضمنًا لبيعه ، وقال بعضهم : يفسخ الإجارة أولًا ثم يبيع » . تبيين الحقائق (١٤٦/٥) .

(٦) لأن الإجارة انفسخت قبل البيع .

(٧) راجع المهذب (٥٣٣/١) ، مغني المحتاج (٣٦٥/٢) ، والحاوي (٢٢٦) .

(٨) في (ن) ، (م) ، (ع) : [به] وهو خطأ .

(٩ ، ١٠) في (م) ، (ع) : [الجنس] وهو خطأ .

(١١) في (ن) : [يؤثر] .

لا يؤثر في التسليم ، لأنه ما من وقت يريد الزوج وطئها إذا أراد المولى استخدامها إلا وله منعه [١] من الوطء للخدمة كذلك له منعه من الوطء ليسلّم .

١٧٦٤٣ – قالوا : العين أمانة في يد المستأجر خالية من العقد [٢] ، فجاز العقد عليها كالوديعة [٣] .

١٧٦٤٤ – قلنا : المودع ليس له حق في بيع العين من المالك فلم « تمنع » [٤] يده من بيعها والمستأجر له حق في منع العين من المالك فأثر ذلك في بيعها .

١٧٦٤٥ – قالوا : لو باع ثمرة على النخل ثم باع رقبة النخل جاز ، ولم [٥] يمنع العقد على الثمرة العقد على النخل كذلك لا يمنع العقد على المنفعة العقد على الرقبة [٦] .

١٧٦٤٦ – قلنا : الثمرة لا تستحق تبقيتها [٧] [على النخل فإذا باع النخلة فتسلمها ممكن لأنه يأخذ الثمرة فيسلمها فهو كمن باع دارا فيها متاعه [٨]] جاز البيع ، لأنه ينقل متاعه ويسلمها . ولو استحق تبقية [٩] الثمرة على النخل كالثمرة الموصى بها لم يجز بيع النخلة [١٠] لأن التسليم متعذر [١١] مثل مسألتنا .

* * *

---

(١) أي منع الزوج .

(٢) جاء في نهاية المحتاج « ويد المستأجر لا تعد حائلة في الرقبة لأن يده عليها يد أمانة ومن ثم لم يمنع المشتري من تسلمها لحظة لطيفة ليستقر ملكه ثم يرجع للمستأجر » . نهاية المحتاج (٣٢٨/٥) . وبهذا علل صاحب المهذب عدم ضمانها إذا تلفت في يده من غير تعد فقال : « وإن استأجر عينا فاستوفى المنفعة وحبسها حتى تلفت فإن كان حبسها لعذر لم يلزمه الضمان لأنها أمانة في يده فلم يضمن بالحبس لعذر كالوديعة . المهذب (٥٣٤/١) .

(٣) الوديعة لغة الترك . مأخوذة من ودع الشيء يدع إذا سكن واستقر وجمعها ودائع وهي من الأضداد يقال : أودعته دفعت إليه وديعة وأودعته قبلت وديعته وهذا غير معروف . وفي الشرع . تطلق على الإيداع وعلى العين المودعة وعلى العقد وهو الأصح . وهي عند الأحناف . تسليط الغير على حفظ ماله . وعند الشافعية . توكيل في حفظ مملوك أو محترم على وجه مخصوص . راجع مختار الصحاح ، والمصباح « ودع » ص ٧١٤، اللباب (١٩٦/٢) ، مغني المحتاج (٧٩/٣) .

(٤) في (ن) ، (م) ، (ع) : [يمنع] .

(٥) في (ن) : [إن] .

(٦) في مغني المحتاج لأن ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع الرقبة كالأمه المزوجة . مغني المحتاج .

(٧) في (م) ، (ع) : [بنفسها] بدل تبقيتها .

(٨) ما بين القوسين ساقط من (ن) .

(٩) في (م) ، (ع) : [بنفسه] .

(١٠) ساقطة من (ن) .

(١١) في (م) ، (ع) : [تعذر] بدل « متعذر » .

ما تلف في يد الأجير المشترك من غير فعله

١٧٦٤٧ - قال أبو حنيفة لا ضمان على الأجير المشترك [(١)] فيما تلف في يده من غير عمله [(٢)] .

١٧٦٤٨ - وقال أبو يوسف ومحمد [رحمهما الله تعالى بضمانه إلا أن يكون ما لا يمكن التحفظ منه كالحريق الغالب ، واللصوص الغالبين [(٣)] .

١٧٦٤٩ - وقال الشافعي] [(٤)] إن استعمله و [(٥)] يد المالك ثابتة على المعمول فيه [(٦)] لم يضمن ، كما لو قال : خط الثوب في داري . فإن دفع الثوب إليه ففيها قولان .

١٧٦٥٠ - أحدهما : لا يضمن كقولنا .

١٧٦٥١ - والثاني : يضمن ، وسوّى على [(٧)] هذا القول بين ما يمكن الاحتراز منه وما لا يمكن .

١٧٦٥٢ - واختلف أصحابه في صورة الأجير المشترك فمنهم من قال الأجير [(٨)] المشترك أن تكون المنفعة معلومة بالعمل ، كقوله : خِط هذا الثوب ، والمنفرد أن تكون المنفعة معلومة بالمدة ، مثل أن يقول استأجرتك للخياطة يومًا .

١٧٦٥٣ - واختلف من قال هذا في تضمين الأجير المنفرد ؛ فمنهم من قال لا

---

(١) الأجراء نوعان : مشترك ، وخاص فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصبّاغ والقصّار ، وكل من يقبل الأعمال من غير واحد ، أو هو بعبارة أخرى كل من يعمل للمستأجر ولغيره . والخاص هو الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل ، كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعي الغنم ونحوه . والفرق بينهما أن المشترك يعمل للمستأجر ولغيره وعمله غير مرتبط بمدة ، خلافا للخاص فإنه في الوقت المؤجر فيه مشغول لمن استأجره ، فلا يستطيع العمل لغيره . راجع المبسوط (٨٠/١٥) .

(٢) مثل أن يحترق الثوب عند الخياط أيتلف بفعل حشرة ونحوها وليس بفعل الخياطة .

(٣) راجع اللباب (٩٤/٢) ، المبسوط (٨٠/١٥) ، البدائع (٢١٠/٤) ، تبين الحقائق (١٣٤/٥) ، تكملة فتح القدير (٦٢/٨) .

(٤) ساقط من (ن) .

(٥) في (ن) : [في] .

(٦) في (م) ، (ع) : [عليه] .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) ساقطة من (ن) .

يضمن قولًا واحدًا ، ومنهم من قال على قولين [١] .

١٧٦٥٤ - الطريقة الثانية [٢] : منهم من قال : المشترك هو المشارك في الرأي مثل أن يقول ترعى غنمي [حيث ترى ، والمنفرد هو الذي يعمل بمفرد رأي المالك مثل أن يقول ترعى غنمي [٣]] في هذا البستان . هذا [٤] المشترك على قولين ، والمنفرد لا يضمن قولًا واحدًا [٥] .

١٧٦٥٥ - لنا : حديث عمرو [٦] بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « لاَضَمَانَ عَلَى مُؤْتَمَنٍ » [٧] والأجير مؤتمن ، ولأنها عين قبضها بإذن مالكها لا على وجه التمليك والوثيقة ، فلا تكون اليد مضمونة عليه ، كالوديعة [٨] .

١٧٦٥٦ - ولأنها عين قبضها على وجه الإجارة فلا يضمنها إلا بفعل من جهته . أصله إذا قبض الدار لسكنها أو والعبد [لعمله] [٩] .

١٧٦٥٧ - ولا يلزم الأجرة ، لأنها لا يقبضها على وجه الإجارة لكن يقبضها « على » عقد

---

(١) راجع الأم (٢٦١/٣) ، المهذب (٥٣٤/١) ، نهاية المحتاج (٣١٠/٢) ، وللحنابلة رواية توافق الشافعي في أنه إن كان يعمل ويد المالك ثابتة لا يضمن إلا أن المذهب عندهم الضمان مطلقا . ومذهب المالكية ضمان الصناع فيما يغاب عليه لا فيما لا يغاب عليه . راجع بداية المجتهد (١٧٥/٢) ، الشرح الصغير (٣١٢/٣) ، الحَطاب وهامشه (٤٢٦/٥) ، المغني (٥٢٥/٥ ، ٥٢٦) ، الكافي (٣٢٨/١ - ٣٣١)

(٢) أي للشافعية في تفسير الأجير المشترك والخاص .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) . (٤) في (ن) : [هذه] .

(٥) راجع : المهذب (٥٣٤/١) ، وانظر تفصيل المسألة في الحاوي (٣٤٧ -٣٦٩) .

(٦) عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص القرشي أبو إبراهيم ويقال أبو عبد الله المدني روى عن أبيه ، وجلُّ روايته عنه ، وعمتهِ زينبَ بنت محمد وزينبَ بنت أبي سلمة وعنه عطاء وعمرو بن دينار وهما أكبر منه والزهري وقتادة ومكحول وغيرهم وقد اختلف العلماء في الاحتجاج بأحاديثه اختلافًا كثيرًا . توفي سنة ١١٠ هـ . راجع الأعلام (٧٩/٥) ، التهذيب (٤٨/٨) ، تقريب التهذيب (٧٢/٢) الطبعة الثانية سنة ١٣٩٥ هـ ، ميزان الاعتدال (٢٦٣/٣) ، شذرات الذهب (١٥٥/١) ، البداية والنهاية (٣٢١/٩) ، سير أعلام النبلاء (١٦٥/٥) وغيرها .

(٧) أخرجه الدارقطني ، وقال فيه ضعف . انظر السنن له (٤١/٣) رقم (١٦٧) ، كنز العمال من حديث ابن عمر - كتاب الوديعة (٦٣١/١٦) رقم (٤٦/٣٣) ط حلب .

(٨) أجاب الشيرازي على هذا القياس قائلًا « قلنا الوديعة لو تلفت بالفعل المأدون لم تضمن وههنا تضمن » النكت ورقة (١٧٠) .

(٩) زيادة اقتضاها السياق .

الإجارة [١] . وإن شئت قلت عين قبضها على وجه الإجارة لا يتعلق حقه بها [٢] .

١٧٦٥٨ - ولأنه مأمور بالحفظ والعمل ، فلو لم يستحق عليهما بدلًا لم يضمن كالعين . فإذا لم يستحق على أحدهما عوضا لم يلزمه ضمان له على الانفراد ، كما لا يضمنه عند الاجتماع . والدليل على أن الأجير لا يستحق أجرة [٣] الحفظ أنه لو حفظ ولم يعمل لم يستحق شيئًا .

١٧٦٥٩ - ولأن الأجرة لو كانت للحفظ والعمل فسد العقد ، لأن مقدار الحفظ مجهول ، فلا تعرف حصته .

١٧٦٦٠ - احتجوا : بما روي عن عمر بن الخطاب [٤] وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما أنهما [ضمنا الصُنَّاع [٥]] .

١٧٦٦١ - الجواب : أنه روي عن علي رضي الله عنه أنه لا يضمنه [٦] .

١٧٦٦٢ - فنقول : ما روي عنهما [٧] من التضمين يجوز أن يكون فيما كان من عمل الأجير [٨] . وما روي عن علي رضي الله عنه أنه لم يُضَمِّنْ معناه : ما كان من غير عمله . وكذلك نقول .

١٧٦٦٣ - قالوا : روي عن قتادة [٩] عن الحسن [١٠] عن سمرة [١١] رضي الله عنه أن النبي

---

(١) في (م) ، (ع) : [التجارة] وهو خطأ . (٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) في (ن) : [أجر] . (٤ ، ٥) سبقت ترجمته رضي الله عنه .

(٦) جاء في مصنف ابن أبي شيبة بسنده أن عليا ضمن نجارا ، وفيه أيضًا عن عمر بن الخطاب أنه ضمن الصناع الذين انتصبوا للناس في أعمالهم . راجع المصنف (٢٨٥/٦) ، رقم (١٠٩٠ ، ١٠٩١) ، تلخيص الحبير (٦١/٣) .

(٧) جاء في مصنف ابن أبي شيبة بسنده « أن عليا رضي الله عنه كان لا يضمن الأجير المشترك » راجع المصنف (٥٣٧/٦) .

(٨) في (ن) : [الأجر] وهو خطأ .

(٩) قتادة بن دِعامة بن قتادة بن عزيز بن عمرو بن ربيعة بن عمرو الحارث البصري ولد بمكة وروي عن أنس ابن مالك وأبي الطفيل والحسن البصري وغيرهم وعنه سليمان التيمي وجرير وعمرو بن الحارث المصري وغيرهم . كان من علماء الناس بالقرآن والفقه . قال عنه سعيد بن المسيّب ما أتاني عراقي أحسن من قتادة ت سنة ١١٧ هـ . راجع الاستيعاب (١٢٧٤/٣) ، الإصابة (٤٢٤/٥) ، التهذيب (٣٥١/٨) .

(١٠) الحسن بن أبي الحسن بن يسار البصري أبو سعيد روى عن أبي بن كعب وسعيد بن عبادة وعمر بن الخطاب ، ولم يدركهم . وعن ابن عباس وعمرو بن العاص ومعاوية وسمرة وغيرهم وروى عنه حميد الطويل ويزيد بن أبي مريم وقتادة وغيرهم . قيل رواية سمرة بن جندب سماع وقيل كتابة توفي سنة ١١٠ هـ . راجع تهذيب التهذيب (٣٦٢/٢) ، تقريب التهذيب (١٦٥/١) ، شذرات الذهب (١٣٦/١) .

(١١) سمرة بن جندب بن هلال بن جريج بن مرة بن حزن بن جابر يكنى أبا عبد الرحمن وقيل أبو عبد الله =

ﷺ قال : [عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّ] [١] .

١٧٦٦٤ - قلنا : هذا يقتضي وجوب رد العين ، وذلك لا يكون إلا مع بقائها [٢] وكذلك نقول والخلاف في رد القيمة بعد هلاك العين ، والخبر لا يتضمن ذلك .

١٧٦٦٥ - فإن قيل : لا يخلو أن يكون المراد على اليد رد العين [التي أخذت أو قيمة العين [٣]] ، ولا يجوز أن يكون رد العين حتى يرد العين لأنه يقتضي أن يعتبر الشيء غاية نفسه [٤] ، فبقي أن يكون المراد على اليد قيمة العين حتى ترد .

١٧٦٦٦ - قلنا : قال سيبويه [٥] : عليَّ كذا يعني استقر عَلَيَّ كذا .

١٧٦٦٧ - قال : وقولهم على فلان دين . شبه بالشيء الذي يستعلي على غيره ويستقر عليه [٦] ، وإذا كان كذلك فتقديره استقر على صاحب اليد ما أخذ حتى [٧] يرد ، وهذا يفيد وجوب حق عليه فسقط رد العين . فأما القيمة فلم يجر لها ذكر ، فلا حاجة بنا إلى إضمارها .

١٧٦٦٨ - قالوا [٨] لو أجر عبده فسلمه كان ضمان ملكه ، لأنه بذل المنفعة بعوض . كذلك إذا استأجره فسلم الثوب إليه كان من ضمان باذل المنفعة بعوض [٩] .

= وقيل غير ذلك سكن البصرة وكان زياد يستخلفه عليها ستة أشهر وعلى الكوفة ستة أشهر فلما مات زياد أقره معاوية على البصرة عاما أو نحوه ثم عزله . كان من الحفاظ المكثرين عن رسول الله ﷺ ت سنة ٥٨ هـ راجع : الاستيعاب (٦٥٤/٢) ، التهذيب (٢٣٦/٤) ، الإصابة (١٧٨/٣ ، ١٧٩) .

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده (٨/٥) بلفظ « حَتَّى تُؤَدِّيهِ » وفي (١٢/٥) بلفظ « حَتَّى تُؤَدِّى » وفي سنن أبي داود باب تضمين العارية (٨٢٢/٣) رقم (٣٥٦١) وفي سنن ابن ماجه باب العارية (٨٠٢/٢) رقم (٢٤٠٠) ، والدارمي باب العارية مؤداه (٢٦٤/٢) ، والحاكم في المستدرك . كتاب البيوع (٤٧/٢) ، والطبراني في الكبير (٢٠٨/٤) ، وانظر تلخيص الحبير (٥٣/٣) رقم (١٢٦٧) .

(٢) في (م) ، (ع) : [إبقائها] .

(٣) ساقط من (م) ، (ع) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) عمرو بن عثمان بن قنبر أعلم الناس بالنحو بعد الخليل يكنى أبا بشر وأبا الحسين والأول أشهر ، ألف كتابه في النحو الذي سماه الناس قرآن النحو وإذا أطلق الكتاب في اللغة انصرف إليه . ت سنة ١٦١ هـ. راجع . طبقات النحويين واللغويين ص١٦ ، معجم الأدباء (١١٤/١٦) ط عيسى الحلبي ، إنباه الرواة (٣٤٦/٢) ، بغية الوعاة (٢٢٩/٢) ، تاريخ بغداد (١٩٥/١٢) ، وفيات الأعيان (٨١/٥) ، كشف الظنون (٨٠٢/٥) .

(٦) راجع كتاب سيبويه (٢٦٨/٣) ، (٤٢٠/١) ط الهيئة المصرية للكتاب .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (ع) : [قال] .

(٩) معنى هذا أن باذل المنفعة بعوض عليه الضمان مؤجرا كان أو مستأجر . فإن كان المالك هو باذل المنفعة =

١٧٦٦٩ - قلنا : إنما كان العبد من ضمان مالكه ، لأنه يسلم العين بالإجارة لاستيفاء العمل فيها ، كذلك الثوب قبضه الأجير [١] بالإجارة [٢] ولإيقاع العمل فيه فلم يكن مضمونًا .

١٧٦٧٠ - قالوا : العمل مضمون وقد استحق على الأجير [٣] تسليم العين معمولة ، والبذل في مقابلة ذلك فكانت العين [٤] والعمل مضمونين عليه [٥] .

١٧٦٧١ - قلنا : الواجب عليه تسليم العمل ، إلا أنه لا ينفرد عن العين ، فيلزمه تسليم العين الأمانة ليسلم العمل المضمون ، فلا يوجب ذلك ضمان العين ، كمن عنده ألف وديعةً وألف مغصوبةً اختلطا بغير [فعله [٦]] فعليه تسليمها [٧] ، ولا يضمن الوديعة ، وإن لم ينفرد تسليم العين المضمونة عنها [٨] .

١٧٦٧٢ - واحتج أبو يوسف ومحمد : بأن الأجير [٩] لمّا ضمن [١٠] بالعمل ضمن بالقبض كالمأخوذ على وجه السوم [١١] وعكسه البزاغ [١٢] لما لم يضمن بالعمل لم يضمن قبله .

١٧٦٧٣ - قلنا : التلف بالعمل ليس بمضمون ، بدلالة أنه لو تلف في حال العمل

= بعوض فالضمان عليه كمن أجر عبده فسلمه كان الضمان على المالك وإذا كان الأجير هو باذل المنفعة بعوض كان الضمان عليه ، كمن سلم الثوب إلى خياط ليخيطه كان الضمان على الخياط ، لأنه هو باذل المنفعة بعوض .

(١) في (ن) : [الآخر] .
(٢) في (ع) : [كالإجارة] وهو تصحيف .
(٣) في (ن) : [الأجر] .
(٤) في (ن) : [العمل والعين] .
(٥) راجع الحاوي (٣٥٣) .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) أي الألف المغصوبة لأنها مضمونة .
(٨) أي يلزمه تسليم الوديعة الألف مع الألف الأخرى المغصوبة ، لأن المغصوب مضمون ، ولا يمكن تسليمه إلا بتسليم المخلوط معه ، ولذلك ألزم بتسليم الوديعة مع أنها غير مضمونة إن تلفت بغير تعد منه والفرض أن الوديعة والمغصوب كليهما مملوكان لشخص واحد .
(٩) في (ن) : [الأجر] .
(١٠) في (ن) : [يضمن] .
(١١) سمت بالسلعة وساومت واستمت بها وعليها غاليت واستمته إياها وعليها سألته سومها . وقال الجرجاني : السوم طلب المبيع بالثمن الذي تقرر به البيع . راجع القاموس المحيط باب الميم فصل السين (١٣٥/٤) ، التعريفات ص١٠٩ ، وقد استدل الشافعية بهذا الدليل أيضًا للقول الثاني بالضمان . راجع مغني المحتاج (٣٥١/٢) .
(١٢) بالنسخ [النزاع] وهو خطأ والبزاغ الحجام والبيطار . راجع القاموس المحيط باب العين فصل الباء (١٠٦/٣) .

من غير العمل [لم يضمن [١]] فكذلك قبل العمل ، وإنما المضمون ما تولد من العمل وذلك لا يوجب ثبوت الضمان قبل العمل .

١٧٦٧٤ - ألا ترى أن الوديعة تضمن بإيقاع الفعل ولا تضمن بقبضها ، ثم الضمان لو تعلق بالقبض استوى ما يحترز منه و [٢] مالا يحترز منه بقبض الغصب والمقبوض على وجه السوم .

* * *

---

(١) ساقطة من (ع) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) . جاء في مختصر خلافيات البيهقي « في تضمين الأجير المشترك ما يتلف من غير تعديه قولان . وقال العراقيون . ما تلف بفعله ضمنه ، وإن لم يكن مفرطا فيه . وما تلف بغير فعله فلا يضمنه . روي عن علي ﷺ كان يضمّن الصنّاع وقال لا يصلح الناس إلا ذاك . وروي عن عمر ﷺ تضمين بعض الصنّاع من وجه فيه نظر وقضى شريح على قصّار أو صبّاغ بالضمان وعن الفقهاء من التابعين أنهم كانوا يقولون الغَسّال والصُّواغ والخياط وأصحاب الصناعات كلهم ضامنون لكل ما دفع إليهم وممن قال لا يضمن عطاء بن أبي رباح قال : لا ضمان على صانع ولا على أجير . ذكره في السنن . وروي عن علي ﷺ من وجه لا يثبت مثله أنه كان لا يضمن أحدا من الأجراء . ذكره في السنن وروى حماد بن أبي سليمان عن النخعي أنه قال : لا يضمن . وقال سليمان بن مهران : سألت إبراهيم عن القصّار فقال يضمن . فهذا اختلافهم في الضمان ولم يحك عن أحد منهم التفصيل بين ما يكون بفعله أو فعل غيره وما ثبت فيه الأثر أولى القولين والله تعالى أعلم . راجع مختصر خلافيات البيهقي لأبي عبد الله محمد بن فرح مخطوط بمكتبة أحمد الثالث بتركيا تحت رقم (١٠٨٠) فقه ورقة (٢٢٢) .

تلف المعقود عليه بفعل الأجير المشترك

١٧٦٧٥ – قال أصحابنا : إلا زفر [١] ما تلف بعمل الأجير [٢] المشترك مضمون [٣] .

١٧٦٧٦ – وقال الشافعي إن قلت الأجير يضمن ما تلف بغير عمله فما تلف بعمله أولى به . وإن قلت لا يضمن ما تلف من غير عمله فكذلك ما تلف بعمله [٤] .

١٧٦٧٧ – لنا : أن العمل مضمون عليه فما يتولد منه يكون مضمونا كالخياطة .

١٧٦٧٨ – وإنما قلنا إن العمل مضمون ، لأن في مقابلته بدل مضمون [٥] ويجبر على تسليمه .

١٧٦٧٩ – ولا يلزم البزاغ [٦] . والفاصد [٧] والحاجم [٨] لأن العمل ليس بمضمون

---

(١) في (ن) : [الأدقة] ، وفي (ج) ، (د) : [ألا إن فيه] وكلاهما تحريف .

(٢) هذه المسألة تعني تلف المعقود عليه بفعل الأجير المشترك من غير قصد منه ولا تعد لأن الفقهاء مجمعون على أن التلف إن كان عن تعد يضمن . فإن الثوب المستأجر على صبغة أو خياطته مثلا إذا تلف فإما أن يكون بغير فعل الأجير وقد مضى حكمه في المسألة السابقة وإما أن يكون بفعله مقصودا إتلافه أولا ؛ فإن قصد إتلافه فلا خلاف على ضمانه ، وإن كان غير مقصود فهذا هو محل النزاع في المسألة .

(٣) وافق المالكية والحنابلة الأحناف في هذه المسألة . راجع : اللباب (٩٣/٢) ، تبيين الحقائق (١٣٥/٥) ، المبسوط (٨٣/١٥) ، تكملة فتح القدير (٦٣/٨) ، بدائع الصنائع (٢١١/٤) ، الشرح الصغير (٣١٤/٣) ، المدونة الكبرى (١٧٥/٢) ، المغني (٥٢٥/٥) .

(٤) وافق الإمام الشافعي زفر من الأحناف . ومعلوم أن للشافعي في تضمين الأجير المشترك ما تلف بغير عمله قولين سبقت الإشارة إليهما في المسألة السابقة ، إلا أن القول بعدم الضمان هو الراجح في المذهب وهو اختيار المزني ، واختار الربيع الضمان قال « كان الشافعي رحمه الله يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير ولكنه لا يفتي به لفساد الناس » . راجع المهذب (٣٥٤/١) ، الأم (٢٦١/٣) ، مختصر المزني (٨٥/٣) ، نهاية المحتاج (٣١٠/٥) ، مغني المحتاج (٣٥٠/٢) .

(٥) أي : الأجر .

(٦) في (م) ، (ع) : [النزاع] .

(٧) الفصد : شق العرق . فصده يفصده فصدا وفصادا ، فهو فصيد ، فصد الناقة شق عرقها ليستخرج دمه ، وقيل الفصد قطع العرق . اللسان « فصد » (٣٤٢٠/٤) .

(٨) الحجم – المص – يقال حجم الصبي ثدي أمه إذا مصه والحجام المصاص قال الأزهري يقال للحجام حجّام لامتصاصه فم المحجمة . والمحجمة ما يحجم به اللسان « حجم » (٧٩٠/١) .

عليهم ، لأنهم لا يجبرون عليه لو امتنعوا عنه [١] .

١٧٦٨٠ - ولا يلزم من استأجر دابة ليحمل عليها عبدًا فعثرت [٢] فمات العبد ، لأن سير الدابة عمل غير مضمون وتلف العبد متولد منه .

١٧٦٨١ - ولا يضمن لأن من أصحابنا من قال : إن المسألة [٣] موضوعة على الكبير الذي يستمسك على الدابة [فالدابة [٤]] في يده ، وهو [٥] في يد نفسه فلا يضمنه [٦] المكاري [كما لا يضمن [٧]] المتاع إذا تلف بسقوط الدابة وصاحبه فوقه ، فإن كان العبد صغيرا فهو في يد المكاري فيضمنه كالمتاع .

١٧٦٨٢ - وهذا معنى صحيح لأنا نعني بقولنا عمل مضمون عمل الأجير ، وسير الدابة ليس هو « عمله » [٨] ، وإنما عمله السوق . فإذا كان العبد عليها وهو « مستمسك » [٩] عليها فهو المسير لها ، فتلفه من عمله ، لا من عمل المكاري ، وإذا كان لا يستمسك فليس بمسير لها ، فاعتبر سوق المكاري ووجب عليه الضمان .

١٧٦٨٣ - فإن قيل : المضمون هو عمل في ذمة الأجير ، وما في الذمة لا يتولد منه تلف .

١٧٦٨٤ - قلنا : إيفاء ما في الذمة [١٠] هو المضمون الذي يجبر الأجير عليه ، والبدل في مقابلته ، والتلف متولد من ذلك الإيفاء ، والبدل في مقابلة ما يتعين عما في الذّمة .

١٧٦٨٥ - ولا يلزم على العلة الأجير الخاص ، لأن عمله « لا يقابله » [١١] بدل .

١٧٦٨٦ - ألا ترى أنه يستحق البدل بتسليم نفسه في المدة عمل أو لم يعمل . ولأن « العقد » [١٢] تناول القصارة . وهو العمل المصلح للثوب ، فإذا عمل عملا أفسده فقد

---

(١) في (ن) : [منه] راجع تبيين الحقائق (١٣٧/٥) .

(٢) في (ن) : [نفرت] بدلًا من « عثرت » .

(٣) قال في كنز الدقائق « ولا يضمن به بني آدم ممن غرق في السفينة أو سقط من على الدابة وإن كان بسوقه وقوده ، لأن ضمان الأدمي لا يجب بالعقد وإنما يجب بالجناية ، ولهذا لا تتحمله العاقلة إلا إذا كان بالجناية . وقيل هذا إذا كان كبيرًا ممن يستمسك على الدابة ، ويركب وحده ، وإلا فهو كالمتاع . والصحيح أنه لا فرق . راجع كنز الدقائق والتبيين (١٣٥/٥ ، ١٣٦) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [وهي] بدلًا من [هو] .

(٦) في (م) ، (ع) : [يضمن] .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (م) ، (ع) : [عمل] .

(٩) في (ع) : [يستمسك] .

(١٠) في (م) ، (ع) : [المدة] .

(١١) في (م) ، (ع) : [مقابلة] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [العمل] .

فعل ما يتناوله العقد فصار كما لو [١] اعتمد الدواء المفسد مع العلم .

١٧٦٨٧ - ولا يلزم الفصّاد ، لأن العقد تناول / الجراحة التي لا يتجاوزها الموضع المعتاد فإن فعل ذلك فقد فعل ما يتناوله العقد ، وإن تجاوز ضمن عندنا . فأما القصار [٢] فتخريق الثوب لا يكون إلا بأن يأتي من الدق بما لا يحتمله الثوب أو يحصل من مطاوي الثوب [إن كان فيه حصاة] [٣] والدق على هذه الصفة غير مأذون يبيّن هذا أنه يصح إن شرط في المعقود مالا يحرقه ولا يصح إن شرط على البزاغ بزغا لا تموت الدابة منه لأن [٤] البزغ جراحة والجراحة [٥] لا يمكن التحفظ فيها من الموت .

١٧٦٨٨ - ولا يلزم على العلة إذا استعان [٦] برجل « يدق له ثوبا ، لأنه أذن له في الدق مطلقا فتناول ما يخرق وما لا يخرق ومن القصارة [٧] العمل الذي يصلح الثوب فإن أذن للمستعان به في دق يحسن الثوب ويصلحه فهو كالقصارة .

١٧٦٨٩ - احتج المخالف : بأن كل ما لو تلف في يده بغير فعله لم يضمنه [٨] فكذلك بفعل ما تعدى به كالوديعة [٩] .

١٧٦٩٠ - قلنا : يبطل بمن ضرب زوجته فماتت فهو غير متعد في ضربها ويضمن .

١٧٦٩١ - ولأن [١٠] الفعل وإن لم يتعدَّ [١١] فيه فلا يمتنع أنه يقع على شرط

---

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) القصار والمقصر المحور للثياب لأنه يدقها بالقصرة التي هي القطعة من الخشب وفرقته القصارة والمقصرة خشبة القصار . راجع : اللسان (قصر) (٣٦٤٩/٤) ، المصباح المنير ١٥٨ .

(٣) ما بين المعكوفتين بدل من : « جنباه » الواردة في النسخ جميعها ، والمعنى مع هذه الزيادة أن القصار دق الثوب وكان في طياته حصاة لم يتحر وجودها فيكون مقصرا عن التحري فيضمن . ففي تبيين الحقائق « أن الفساد إما أن يكون لخرق في العمل بالدق لا على الوجه الذي يحتمله الثوب أو لخشونة في المدقة أو لخلل في الثوب بأن كان فيه حصاة أو فساد طي وغير ذلك والرجل إذا كان بصيرًا في صنعته يمكنه التحرز عن ذلك بالمبالغة في البحث عن الخلل والمراقبة في الدق . التبيين (١٣٧/٥) .

(٤ ، ٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [استعار رجل] وهو خطأ .

(٧) في (م) ، (ع) : زيادة [العقد تحصين] وهي تفسد المعنى .

(٨) قاعدة : « كل ما تلف في يده بغير فعله لم يضمنه » .

(٩) راجع الأم (٢٦١/٣) : [وما] نافية والمراد لم يتعد به .

(١٠) في (ن) : [فرن] .

(١١) في بعض النسخ [يتنفذ] جاء في تبيين الحقائق : ولو شرط على القصّار العمل على وجه لا يتخرق صح لأن في وسعه ذلك تبيين الحقائق (١٣٧/٥) .

السلامة ، كالجلوس في طريق المسلمين للاستراحة إذا تعثر بالجالس إنسان فتلف . كذلك في مسألتنا القصّار لم يفعل [إلا] [١] الدق ، إلا أن عمله بشرط السلامة ، فيضمن ما تولد منه . فأما الوديعة إذا تلفت [٢] بعمل مأذون [٣] فذلك العمل غير مضمون على المودَع ، وقد وقع الإذن مطلقا فلم يضمن .

١٧٦٩٢ - وفي مسألتنا العمل مضمون فما يتولد منه مضمون [٤] .

١٧٦٩٣ - قالوا : هلاك لو كان في يد الأجير المنفرد لم يضمنه فكذلك في يد [٥] غير المنفرد [٦] كما لو هلك بغير فعله . ولأنها عين هلكت في يد الأجير من غير عدوان فلم

---

(١) « إلا » زيادة إقتضاها السياق فيما هو ظاهر . (٢) في (م) ، (ع) : [تلف] .

(٣) بالنسخ (ص) ، (م) ، (ع) [ما دون] .

(٤) يرى الأحناف في الأجير المشترك إذا كان قصّارا فأتلف الثوب أنه يضمن وصاحب الثوب بالخيار في تضمينه الثوب مقصورًا أو غير مقصور مع دفع الأجرة إليه في حالة ضمانه الثوب مقصورًا . قال الأسمندي مبينا وجهة نظر المذهب ومناقشا المخالف « الأجير المشترك يضمن ما جنت يداه ، والمالك بالخيار إن شاء ضمنه الثوب غير مقصور ، ولم يعطه الأجر . والقياس أن لا يضمن . والوجه أن الأجير يضمن أنه أتلف مالا مملوكا متقوما معصوما حقا لمالكه من غير رضاه ، فيجب عليه الضمان ، قياسا على ما إذا خرقه قبل العقد ، فإن قيل : قولكم بأنه أتلف مال الغير ، قلنا : لا نسلم بأنه أتلف ، وهذا لأن الإتلاف ما يقصد به التلف ولم يوجد منه إلا القصارة ، فلا يكون إتلافا ولئن سلمنا أنه أتلف المال بهذه الأوصاف ، ولكن لم قلتم بأنه بغير رضى المالك ؟ قوله : الظاهر من حاله عدم الرضا . قلنا : بلى ، ولكن جاز أن يوجد منه تصرف يدل على الرضا بالتلف لغرض من الأغراض ، أو نقول : لا يرضى به قصدا أم ضمنا ؟ وهذا لأن المستحق بالعقد يجب تسليمه ، وهو مأذون فيه من جهة العاقد ، والعمل المصلح قطعا كما يصلح طريقا ، فكذلك المصلح من وجه المفسد من وجه طريق ، ولئن سلمنا أنه حصل ابتداء ولكن إنما يجب الضمان إذا أمكن فلم قلتم بأنه أمكن ، وبيان عدم الإمكان أن لو وجب الضمان لا يخلو : إما أن يجب ضمان ثوب مقصور أو ضمان ثوب غير مقصور . لا وجه للأول لأن وصف القصارة هلك على ملك الأجير . ولا وجه للثاني لأن الإتلاف ما صادف ثوبا غير مقصور . الجواب : قوله : لم قلتم بأن هذا الفعل إتلاف قلنا : لأنا أجمعنا على أنه لو وجد قبل العقد يكون إتلافًا ، والفعل الحقيقي لا يتفاوت أن يكون قبل العقد أو بعده ، والقصد ليس بشرط الضمان . قوله : جاز أن يرضى به لغرض من الأغراض قلنا : لا نسلم . قوله : لا يرضى به قصدًا أم ضمنا قلنا : لا قصدًا ولا ضمنًا : أما قصدًا فظاهر ، وأما ضمانًا فلأن الحاجة تندفع باستحقاق المعقود عليه من غير إلحاق الضرر . قوله : إما أن يجب ضمان ثوب غير مقصور أو مقصور قلنا : يجب ضمان ثوب غير مقصور . قوله : الإتلاف صادف ثوبًا مقصورًا قلنا : بلى ولكن ذات الثوب ملكه ، وصفة القصارة ليست ملكه ، فيجب ضمان ملكه لا ضمان غير ملكه . راجع : طريقة الخلاف في الفقه بين الأئمة لمحمد بن عبد الحميد الأسمندي ص (٣٦٧ - ٣٦٩) ط مكتبة التراث .

(٥) ساقطة من (ن) . (٦) في (م) ، (ع) : (المرتهن) : وهو خطأ .

يلزمه الضمان كالأجير المنفرد (١) .

١٧٦٩٤ - قلنا : الأجير المنفرد عمله غير مضمون بدلالة أن البدل [لا يقابله] (٢) ، فما تولد منه لا يضمن كقطع السارق . وعمل الأجير المشترك مضمون فما تولد منه مضمون كالقطع بغير حق ، واعتبار العدوان (٣) يبطل بضرب الرجل امرأته ، وبالجلوس في الطريق .

١٧٦٩٥ - قالوا : عمل الأجير الخاص مضمون ، بدلالة أنه لو امتنع في المدة من العمل لم يوجب الأجر . وإنما تجب الأجرة إذا سلم نفسه ، لأن المستأجر لم يستعمله فأتلف منافعه عليه ، وهي في يده ، فصار كما [لو (٤)] أتلف المشترى [المبيع] (٥) في يد البائع .

١٧٦٩٦ - قلنا : إذا امتنع من العمل فلم يسلم نفسه ، والعقد وقع على ذلك . فأما قولهم إن أتلف المنفعة في يده فغلط لأنه امتنع من [تسليمها] (٦) وهذا ليس بإتلاف ، ومن أصل مخالفنا أن المنقولات لا تضمن بالتخلية (٧) .

* * *

---

(١) في الحاوي : « لأنه لما كان أحد الأجيرين وهو المنفرد مؤتمنا وجب أن يكون الأجير المشترك مؤتمنًا » الحاوي (٣٥٦) .

(٢) في (م) ، (ع) : « مقابلة » والمراد أن الأجر لا يقابل العمل في الأجير المنفرد ، لأن عقد الإجارة يقع على المدة فيها ويستحق الأجير الأجر ، عمل أو لم يعمل ، بخلاف الأجير المشترك فلا يستحق إلا بالعمل .

(٣) في (م) ، (ع) : [اليدان] بدلًا من « العدوان » وهو خطأ .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) . (٥) في (م) ، (ع) : [البيع] .

(٦) في (م) ، (ع) : [تسلمها] .

(٧) لأن التسليم في المنقولات لا يتم إلا بالنقل عندهم . قال في المهذب « والقبض فيما ينقل النقل ، لما روى زيد بن ثابت أن رسول الله ﷺ نَهَىٰ أَنْ تُبَاعَ السِّلَعُ حَيْثُ تُبَاعُ حَتَّى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ . وفيما لا ينقل كالعقار والثمر قبل أوان الجداد التخلية ، لأن القبض ورد به الشرع وأطلقه فحمل على العرف ، والعرف فيما ينقل النقل وفيما لا ينقل التخلية . راجع المهذب (٣٥٠/١) . وعند الأحناف يتم التسليم بالتخلية في المبيع عقارا كان أومنقولا . قال في اللباب « ثم التسليم يكون بالتخلية على وجه يتمكن من القبض بلا مانع ولا حائل ، لأن التخلية قبض حكما مع القدرة عليه بلا كلفة » . اللباب (١٢/٢) وعلى هذا فالمنقول يضمن بالتخلية عند الأحناف .

الدابة المستأجرة إذا تلفت بضربة

١٧٦٩٧ - قال أبو حنيفة عليه إذا استأجر دابة فضربها أو كبحها فماتت ضمن [١] .

١٧٦٩٨ - وقال أبو يوسف ومحمد إن فعل ما يعتاده الناس لم يضمن ، وبه قال الشافعي [٢] .

١٧٦٩٩ - لنا : أنه ضرب لاستيفاء منفعة [٣] لنفسه فما تولد منه يكون مضمونا أصله ضرب امرأته [٤] .

١٧٧٠٠ - ولا يقال : إن الآدمي يمكن رده عما هو عليه بالكلام والعيب ، والدابة لا يمكن [تسييرها] [٥] إذا وقفت إلا بالضرب ، لأن الدابة يمكن تسييرها بالصياح عليها وتحريك الرجل [٦] لأن في [٧] الآدميين من لا يزجر إلا [٨] بالعنف ، ولهذا أمر الله تعالى بضرب النساء ولم يقتصر على زجرهن بالكلام [٩] .

---

(١) وافق أبا حنيفة في هذه المسألة الثوري . راجع اللباب (٩٢/٢) ، البدائع (٢١٣/٤) ، المبسوط (١٧٤/١٥) ، والمغنى (٢٣٧/٥) .

(٢) وافق الشافعي في هذه المسألة جمهور الفقهاء . راجع : الأم (٢٦١/٣) ، المهذب (٥٣٣/١) ، مغني المحتاج (٣٥٣/٢) ، الحاوي (٣٧٠) ، المغني (٥٣٧/٥) .

(٣) في (ن) : [منفعته] .

(٤) قال الشيرازي : « إذا استأجر دابة للركوب فضربها أو كبحها باللجام فتلفت لم يضمن ، وقال أبو حنيفة يضمن . لنا أنها هلكت في يده بغير عدوان فأشبه الوديعة ولأن ضرب البهيمة للسوق متعارف والمتعارف كالمنطوق به ثم المنطوق به لا يتعلق به الضمان وهو ضرب الرائض فكذلك ها هنا . قالوا ضرب لم يقع العقد عليه فأشبه ضرب الزوجة . قلنا : إلا أنه لا يتوصل إلى المعقود عليه إلا به فصار كالمعقود عليه كالافتضاض في النكاح . ويخالف الزوجة لأنه يمكنه استيفاء المعقود عليه بالزجر والكلام فإذا عدل إلى الضرب وجب عليه الضمان بخلاف البهيمة . النكت ورقة (١٧٠) .

(٥) في (م) ، (ع) : [سيرها] .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) في (ن) : [وفي] .

(٨) في (ص غير واضحة وتتعذر قراءتها ، وفي باقي النسخ ساقطة والسياق يقتضي إدراج [إلا])

(٩) الدليل عليه قوله تعالى : ﴿ ... وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيًّا كَبِيرًا ﴾ من الآية : ٣٤ من سورة النساء .

١٧٧٠١ - ولأن دابة الغير تلفت بضربه [١] من غير إذن من طريق النطق ، فوجب أن يضمن [٢] .

١٧٧٠٢ - أصله : إذا كان الضرب غير [٣] معتاد ولا يلزم جواز أهل الحرب لأن الضرب المعتاد وغير المعتاد سواء . ولأنه مخير بين [٤] الاستيفاء [بضرب معتاد وبدونه] وإذا [٥] تلف من ضربه ضمنه كالمرهونة ولا يلزم إذا أذن نطقا لأنهما يستويان .

١٧٧٠٣ - ولأنه فعل يمكن تحصيل المعقود عليه دونه ، فإذا أدى إلى التلف ضمن أصله ضرب المعلم والزوجة [٦] .

١٧٧٠٤ - احتجوا [٧] : بأنها هلكت بفعل لم يخرج المكتري من العرف به فصار كما لو هلكت من الركوب .

١٧٧٠٥ - قلنا : يبطل إذا استأجر عبدًا للخدمة فضربه . والمعنى في الركوب أنه مأذون منه نطقا ، فما تولد منه لا يضمن ، وفي مسألتنا تلفت من فعل لمنفعة المستأجر لم يتناوله الإذن نطقا .

١٧٧٠٦ - قالوا : الرائض [٨] إذا ضرب الدابة لم يضمن [٩] .

١٧٧٠٧ - قلنا : لا نسلم هذا ويلزمه الضمان إلا إن أذن [١٠] له في الضرب .

---

(١) أي يضرب المستأجر .

(٢) إذا كان الضرب بإذن رب الدابة فإن أبا حنيفة لا يضمنه . راجع البدائع (٢١٣/٤) . المبسوط (١٧٤/١٥) .

(٣) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) . (٤) كذا بالنسخ ولعل صوابها : [في] .

(٥) كذا بالنسخ ولعلها : [فإذا] وما بين المعكوفتين قبلها زيادة اقتضاها السياق .

(٦) قال في نهاية المحتاج اعتراضا على هذا الأصل : « فإن قيل ضرب الزوج زوجته الضرب المعتاد يوجب الضمان . أجيب بأن تأديبها ممكن باللفظ وعلى تقدير الظن أنه لا يفيد إلا الضرب فهو اجتهاد فاكتفى به للإباحة دون سقوط الضمان » مغني المحتاج (٣٥٣/٢) .

(٧) ساقطة من (ن) .

(٨) بالنسخ الرابض وهو خطأ . والرائض مفرد جمعها رواض تقول رضت الدابة رياضا ذللتها ودربتها فالفاعل رائض وهي مروضة « والرائض على هذا هو معلم الدواب » المصباح المنير (٢٤٥) .

(٩) قال في الحاوي قال الشافعي فأما الرواض فإن شأنهم استصلاح الدواب وحملها على السير والحمل عليها بالضرب على أكثر مما يفعله الراكب . فإن فعل من ذلك ما يراه الرواض صلاحا بلا إعنات (مشقة) بيّن لم يضمن . الحاوي (٣٧٣) .

(١٠) في (م) ، (ع) : [أذن] ، وفي غيرهما : « يأذن » .

١٧٧٠٨ - قالوا : (لهم مستأجرة تلفت بما يضمنه [١] . وعقد الإجارة [٢] لم يتناول الضرب [٣] . والمغني في التلف من الحمل ما قدمنا [٤] .

١٧٧٠٩ - فإن قيل : لا فرق بين ما يتناوله العقد عرفا ونطقا بدلالة نقد البلد .

١٧٧١٠ - قلنا : نقد البلد لا يصح [العقد [٥]] دون اعتبار العرف فيه . وفي مسألتنا يصح العقد دون ذلك . فصار كالنقد المسمى ، وما لم يفتقر العقد إلى العرف لم يعتبر فيه .

١٧٧١١ - قالوا : (لو استأجر دابة فأسرجها أو أوكفها لم يضمن ، وإن لم يتناول العقد ذلك نطقا ، لأن السرج يوضع [٦] المنفعة الدابة ومنفعة المستأجر .

١٧٧١٢ - ونحن قلنا : تلف من فعل لمنفعة المستأجر لم يؤذن فيه نطقا [٧] .

* * *

---

(١) في (ن) : [تضمنه] . (٢) في (م) ، (ع) : [الإيجار] .

(٣) قال ابن قدامة : لنا أنه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كما لو تلف تحت الحمل ، ولأن الضرب معنى تضمنه عقد الإجارة ، فإذا تلف منه لم يضمن كالركوب . راجع المغني (٥٣٧/٥) .

(٤) تقدم الكلام على التلف بالركوب وهو أنه مأذون فيه ، وهو يشير إليه .

(٥ ، ٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) استدل الماوردي على إباحة ضرب الدابة المستأجرة فقال « والدليل على إباحة ضربها ما روي عن النبي ﷺ أنه قال : اضْرِبُوهَا عَلَى الْعِثَارِ وَ لاَ تَضْرِبُوها عَلَى النِّفارِ » يعنى أنها في العثار ساهية ، فالضرب يوقظها وفي النفار تزداد بالضرب نفورًا فكان ذلك على عمومه ، وروى جابر بن عبد الله قال سافرت مع رسول الله ﷺ فطلع بعيري فاشتراه مني رسول الله ﷺ بأربعة دنانير وحملني عليه إلى المدينة فكان يسوقه وأنا راكبه وإنه ليضربه بالعصا . ولأن له أن يفعل ما يتوصل به إلى استيفاء حقه إذا كان معهودًا ، فإذا لم يتوصل إلى استيفاء المسير إلا بالضرب فذلك مباح ، ولاضمان عليه قولًا واحدًا إذا لم يتعد . الحاوي ٣٧٢ .

إجارة المشاع

١٧٧١٣ - قال أبو حنيفة إجارة المشاع من غير الشريك لا تجوز .

١٧٧١٤ - وقال أبو يوسف ومحمد تجوز [١] .

١٧٧١٥ - وبه قال الشافعي [٢] أنه أجر من غير الشريك فذكر في الأصل أنه يجوز [٣] .

١٧٧١٦ - وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز [٤] وهو قوله ، وأما الإشاعة في حال البقاء مثل أن يستأجر رجلان فيموت أحدهما فروى الحسن [٥] عن أبي حنيفة أن الإجارة تبطل في نصيب الآخر [٦] .

١٧٧١٧ - لنا : أنه أجر ما لا يتميز مما [٧] لم يؤجر [٨] فوجب أن [لا يجوز] [٩] أصله : إذا أجر دارين على أن يسكن المستأجر أيهما شاء . ولا يلزم إذا أجر من الشريك

---

(١) بقول أبي حنيفة قال الحنابلة أيضًا . راجع اللباب (٢/١٠٠) ، المبسوط (١٥/١٤٤ ، ١٤٥) ، (١٦/٣٢) ، تبيين الحقائق (٥/١٢٥) حاشية ابن عابدين (٦/٤٦) ، البدائع (٤/١٨٧) ، شرح منتهى الإرادات (٢/٣٥٩) .

(٢) قال في المهذب . وتجوز على عين مفردة وعلى جزء مشاع ، لأنا بينا أنه بيع والبيع يصح في المفرد والمشاع ، فكذلك الإجارة . راجع . الأم (٣ / ٢٥٢) ، المهذب (١/٥١٨) ، الحاوي (٤٥٤) . وبقول الشافعي والصاحبين قال مالك وأبو ثور . راجع بداية المجتهد (٢/١٧١) .

(٣) أي محمد بن الحسن راجع الأصل مخطوط بدار الكتب رقم ٣٤ ميكروفيلم رقم (٣٦٥٩١) .

(٤) راجع المبسوط (١٥/١٤٦) وفي تبيين الحقائق وإن أجرة من شريكه جاز في أظهر الروايتين . تبيين الحقائق (٥/١٢٥) .

(٥) الحسن بن زياد اللؤلوي الكوفي صاحب أبي حنيفة كان يقظًا فطنًا فقيهًا ولي قضاء الكوفة سنة ١٩٤ هـ ثم استعفى وكان محبا للسنة واتباعها . له كتاب المجرد والأمالي توفي سنة ٢٠٤ هـ وهو ينسب إلى بيع اللؤلؤ . راجع الفوائد البهية صـ ٦٠ .

(٦) راجع المبسوط (١٥/١٤٦) .

(٧) في (م) ، (ع) : [ما لم] .

(٨) في (م) ، (ع) : [يؤاجره] .

(٩) في (ن) : [يجوز] .

لأنه لا يجوز على رواية زفر [١] وإن شئت احترزت [٢] فقلت مما [٣] يستحق المستأجر الانتفاع به بما لا يتميز « مما » [٤] لا يستحقه .

١٧٧١٨ - ولا يلزم إذا أجر من اثنين فمات أحدهما أن [٥] الإجارة تبطل في نصيب الآخر على رواية الحسن ، وعلى الرواية الأخرى نقول : ما يستحق المستأجر الانتفاع به لا يتميز بالعقد عما لم يؤجره ، ولأنه أجر بعض عين يملكها ، فوجب أن لا يجوز .

١٧٧١٩ - أصله : إذا أجره شهرا متراخيا عن العقد ، ولأنه عقد يقصد به المنافع فوجب أن يؤثر فيه الشياع كالنكاح [٦] . و [لأن] [٧] ما لا يصح إجارته إذا شرط فيه الخيار لا يصح [٨] وإن شرط فيه . أصله إذا أجره أحد عبيده الأربعة .

١٧٧٢٠ - ولأن يد المستأجر تستحق في [المدة] [٩] بمعنى [قارنَ] [١٠] العقد بحق الملك فوجب أن لا يجوز . أصله إذا أجره على أن المؤجر يأخذه متى شاء ، ولا يلزم إذا [استأجره [١١] يوما ويوما ، لأن يد المستأجر] تستحق في غير مدة الإجارة [١٢] .

١٧٧٢١ - فإن قيل : هذا على أصلكم في المهايأة [١٣] .

---

(١) القاضي أبو الهذيل زفر بن الهُذيل بن قيس الكوفي العنبري البصري كان ممن جمع بين العلم والعبادة ، وهو أبرع أصحاب الإمام الأعظم في القياس ، توفي بالبصرة سنة ١٥٨ هـ . راجع الجواهر المضية (٢٤٣/١) ، تاج التراجم صـ ٢٨ ، الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء لابن عبد البر صـ ١٧٣ ط القدس المعارف لابن قتيبة صـ ٤٩٦ ط دار الكتب المصرية .

(٢) في (م) : [أحرزت] وهو خطأ .

(٣) في (م) ، (ع) : [ما] .

(٤) أي يد المستأجر لليوم الثاني تستحق في غير إجارة اليوم الأول .

(٥) في (ن) ، (م) ، (ع) : [بما] . (٦) كذا بالنسخ ولعلها : [لأن] .

(٧) في (م) ، (ع) : [في النكاح] . (٨) في (م) ، (ع) : [ولأنه] .

(٩) في (ن) ، (م) ، (ع) بعد هذه العبارة زيادة « وإن شرط فيه الخيار لا يصح » وهو خطأ .

(١٠) في (م) ، (ع) : [الذمة] وهو خطأ . (١١) في (م) ، (ع) : [فأذن] .

(١٢) في (م) ، (ع) : [استأجر] .

(١٣) في (ن) : [المهايا] والمهايأة الأمر المتهايأ عليه والمهايأة قسمة المنافع على التعاقب والتناوب . راجع القاموس المحيط باب الباء فصل الهمزة (٣٦/١) ، التعريفات (٢١٣) .

١٧٧٢٢ - قلنا : بل على الأصلين لأن عندهم [يرفع] [١] القاضي يد الشريكين [ويؤجرها] [٢] لهما ، ولأنه لا يمكن استيفاء المنفعة على الوجه الذي اقتضاه [٣] لأن العقد اقتضى استيفاء المنفعة من ملك المؤجر وهو [يستوفيها] [٤] من ملكه وملك الشريك ، والإجارة متى [تعذر] [٥] استيفاء المنفعة فيها على الوجه الذي اقتضاه العقد لم يصح كمن استأجر أرضا سبخة [لا تنبت] [٦] الزراعة وكمن استأجر [طفلًا] [٧] للخدمة .

١٧٧٢٣ - [ولا يلزم إذا أجر من اثنين لأن العقد اقتضى أن يستوفي كل واحد منهما من ملك المؤجر وهذا يمكن [٨]] « على الوجه الذي اقتضاه العقد » [٩] .

١٧٧٢٤ - احتجوا : بأنه عقد يصح في المشاع مع شريكه فوجب أن يصح مع غيره كالبيع [١٠] .

١٧٧٢٥ - قلنا : الوصف غير مسلم على إحدى الروايتين [١١] ، ويبطل بالشريك في العبد إذا غصبه جاز إجارته منه ولم يجز من غيره . والمعنى في البيع أن الملك يقع لعقده، وذلك في المشاع والمقسوم سواء ، والمنافع عندنا لا تملك بالعقد وإنما تملك بالاستيفاء ولا يمكن استيفاء المنفعة المعقود عليها ، فلم يصح العقد .

١٧٧٢٦ - ولأن البيع ينعقد [على الملك] [١٢] ولا يتناول المنافع ، والملك حاصل على ما اقتضاه العقد ، والإجارة تنعقد على استيفاء المنافع ، وذلك غير ممكن على ما

---

(١) في (ن) : [رفع] .
(٢) في (م) ، (ع) : [ومؤجرها] .
(٣) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) .
(٤) في (ن) : [يسبق عنها] ، في (م) ، (ع) : [سبق عنها] وكلاهما خطأ .
(٥) في (م) ، (ع) : [تعذرت] .
(٦) في (م) ، (ع) : [تثبت] .
(٧) في (ص) ، (ن) : [صبيا طفلا] .
(٨) ساقط من (ص) ، (ع) ، (م) .
(٩) في (ص) ، (ن) : بدل هذه العبارة : [على ما أوجبه العقد] .
(١٠) راجع أدلتهم في المهذب (٥١٨/١) ، الحاوي (٤٥٤) ، المبسوط (١٤٥/١٥) ، تبيين الحقائق (١٢٦/٥) ، البدائع (١٨٧/٤) .
(١١) يقصد رواية الأصل التي لا تجوز إجارة المشاع من الشريك .
(١٢) في (م) ، (ع) : [ما ملك] .

اقتضاه العقد .

١٧٧٢٧ - قالوا : ما صح أن يعقد عليه الاثنان صح [أن [١]] يعقد على بعضه لأحدهما أصله البيع [٢] .

١٧٧٢٨ - قلنا : نقول بموجبه ، لأنه يصح أن يؤجر دارا من اثنين ، ويصح أن يؤجر من أحدهما بعضها معينا ، ولأنه إذا عقد لاثنين استوفيا المنفعة فيكون أحدهما مستوفيا ومستعيرا حق صاحبه ، وإعارة المستأجر لا تسقط الأجرة [عنه] [٣] . وإذا أجر من أحدهما [بعضها] [٤] فاستوفى منفعة بعض الدار فهو [مستوف] [٥] لبعض ما عقد عليه [ومستعير] [٦] للباقي ، وما يستوفيه غير موجب العقد ، ثم أعار للمؤجر بعض ما استأجره . والمستأجر إذا أعار المؤجر سقطت الأجرة عنه [٧] فقد [استوفاها] [٨] المؤجر .

١٧٧٢٩ - قالوا : كل ما لو انفرد به جاز عقد الإجارة عليه ، فإذا كان له بعضه جاز عقد الإجارة عليه كما لو عقد مع شريكه [٩] .

١٧٧٣٠ - قلنا : إذا أجر من الشريك غير مسلم على رواية زفر ، ولو سلمناه فالمعنى فيه أن الشريك يستوفي المنفعة على ما يقتضيه العقد فيستوفي بعضها بحق الملك ، وبعضها بحق

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) يأتي في نص الشيرازي .

(٣) في (م) ، (ع) : [عنها] .

(٤) في (م) ، (ع) : [بعضا] .

(٥) في (م) ، (ع) : [يستوفيه] .

(٦) في (م) ، (ع) : [واستقر] وهو خطأ .

(٧) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٨) في (ص) ، (ن) : [استوفاه] .

(٩) قال الشيرازي « تجوز إجارة المشاع وقال أبو حنيفة لا يجوز من غير الشريك وفي الشريك روايتان أصحهما أنه يجوز . لنا أن كل عين جاز إجارتها مع غيرها جاز إجارتها منفردة كالمقسوم ، ولأن كل عقد صح مع الشريك صح مع غيره كالبيع . قالوا عقد على المنفعة فأثرت فيه الإشاعة كالنكاح ، قلنا لو كان كالنكاح لم يصح مع الشريك ، ولأن الاستمتاع لا يمكن في الملك المشاع والانتفاع يمكن في الملك المشاع . قالوا لا يمكن استيفاء المنفعة على الوجه الذي اقتضاه العقد وهو تملك المؤَجِّر « أي للمنفعة ، فلم يصح كما لو استأجر أرضا لا تنبت الزراعة » . قلنا يمكن لأن العقد في المشاع يقتضي الاستيفاء على حسب العادة في المشاع إما بان يسكنا أو يكريا وتخالف « الأرض » فإنه لا يمكن زراعتها بحال - النكت ورقة ١٦٦ .

الإجارة . وإذا أجر البعض لم يتمكن من استيفاء المنفعة على ما اقتضاه العقد (١) .

---

(١) قال الأسمندي من الأحناف معبرًا عن وجهة نظر المذهب في المسألة ورادًّا على الشافعية . « إجارة المشاع » من غير الشريك غير صحيحة ، سواء كان محتملا للقسمة كالدار ونحوها ، أو غير محتمل كالدابة ونحوها . خلافًا له (الشافعي) وثمرة الخلاف في وجوب المسمى عند التسليم . والوجه فيه أن هذا عقد لا يمكن توفير مقصوده على الوجه الذي اقتضاه العقد فوجب القضاء بفساده ، قياسا على ما إذا أجر الآبق . وإنما قلنا ذلك لأن المقصود من إجارة المشاع هو التمكن من الانتفاع بالمشاع فلا يخلو : إما أن ينتفع المستأجر والآجر بكل الدار معا ، أو أحدهما ، أو ينتفعان بطريق التهايؤ ، لا وجه للأول لأنه يحتاج إلى جبر الآجر على الانتفاع بملكه ولا يجوز . ولا وجه للثاني لأنه لا يستحق الانتفاع بالكل . ولا وجه للثالث لأنه لا يخلو : إما أن يكون أصيلًا في النصف نائبًا في النصف أو ينتفع بالنصف أصالة وبالنصف عوضًا لا وجه للأول لأن مالك الرقبة لا يصلح نائبًا . و لا وجه للثاني لأنه يؤدى إلى جعل الشخص الواحد مملوكًا ومتملكًا من شخص واحد في حالة واحدة ، لأن المنفعة تحدث على ملك المالك أولًا ثم تصير مملوكة للمستأجر بتمليكه ، فلو صار ممتلكًا المنفعة عليه بطريق المعاوضة يؤدى إلى خلاف الحقيقة . ثم أورد اعتراضات يمكن للخصم أن يوجهها على ما سبق فقال . فإن قيل : قولكم بأن هذا عقد لا يمكن توفير مقصوده على ما ذكر قلنا « أي الخصم » لم قلتم بأنه لا يمكن الانتفاع بالمشاع بطريق التهايؤ ؟ قوله : بأن طريقه أنه يصير كل واحد منهما نائبا عن الآخر في استيفاء منفعة النصف ، أو يصير ممتلكا بطريق المعاوضة وكل ذلك متعذر قلنا : لم قلتم بأنه لا يمكن استيفاء منفعة التصرف بالتهايؤ بدون هذين الطريقين . بيانه أن المملوك له بإجارة المشاع منفعة النصف الشائع ، فكان المقصود منفعة النصف الشائع ومنفعة النصف الشائع في مدة الشهر منفعة مقدرة بمقدار خاص ، فإذا انتفع بكل الدار في نصف المدة بطريق التهايؤ أو على سبيل الدوام فقد استوفى عين المملوك له بالمنفعة . ولأنا لو سلمنا أنه لا يتحقق التهايؤ إلا بالإنابة أو المبادلة فلم قلتم بأنه لا يمكن القول بهما ؟ قوله : بأن المالك لا يصلح نائبا قلنا : لا نسلم بأن ملك الرقبة نائب للآجر في حق الانتفاع في هذه الحالة ، وهذا لأن الملك إطلاق التصرف وهو غير ثابت ، ولئن سلمنا أن ملك الرقبة يقتضي إطلاق الانتفاع للآجر ، لكنا أجمعنا على أنه لم يثبت له الإطلاق بل هو يثبت للمستأجر . وأما المعاوضة فإنا لا نحقق المعاوضة بينهما في الملك . بل في إطلاق استيفاء المملوك بطريق المعاوضة ، وصار هذا كما إذا أجر من شريكه فإنه يجوز . وكذلك الشيوع الطارئ ، لا يفسد الإجارة . ثم أجاب الأسمندي عن الاعتراضات السابقة قائلا ، قوله بأنه يستوفي منفعة كل الدار في نصف المدة قلنا هذا لا يخرج عما ذكرناه من القسمين ، لأن طريق القسمة فيها معنى المبادلة . قوله : لم قلتم بأن ملك الرقبة في حق الانتفاع قائم للمالك ، قلنا : لأنه ثبت مطلقا بسبب مطلق فيبقى ، والإجارة سبب لملك المنفعة لا لملك الرقبة وإطلاق التصرفات ثابت لولا المانع . قوله بأنا لا نحقق المعاوضة في الملك ، بل في استيفاء المملوك على طريق الإباحة . قلنا : هذا باطل لأن انتفاع المالك في حصة المستأجر لو كان بطريق الإباحة لكان المستأجر بسبيل من الاسترداد والمنع من الانتفاع . وأما الإجارة من الشريك فلأن كل واحد منهما يملك الانتفاع بالنصف فصلح نائبًا عن صاحبه في النصف الآخر . وأما الشيوع الطارئ ... فإنه ليس من ضرورة كون الشيء مانعا صحة العقد إذا قارن أن يكون مفسدا إذا طرأ ، كالجهالة الطارئة وغيرها . راجع : طريقة الخلاف في الفقه للأسمندي صـ ٣٦٥ - ٣٦٧ ط مكتبة التراث .

مسألة ٨٨١

اختلاف رب الثوب والخياط

١٧٧٣١ - قال أصحابنا : إذا اختلف رب الثوب والخياط فقال [1] صاحب الثوب أمرتك أن تقطعه قميصا [2] فقطعته قباء [3] فلا أجرة لك وعليك الضمان ، وقال الخياط : بل [4] أمرتني أن أقطعه قباء فلا ضمان عَليَّ ولي الأجرة / (فالقول) [5] قول رب الثوب مع يمينه [6] . ٢٠١/أ

١٧٧٣٢ - وحكى الشافعي : رَحِمَهُ اللَّهُ قولنا ، ثم حكى قول ابن أبي ليلى [7] [أن القول قول الخياط [8]] .

١٧٧٣٣ - قال : وأصح القولين أن القول قول رب الثوب [9] .

---

(١) في (ن) : [وقال] .

(٢) القميص : الشعار تحت الدثار والجلباب ، وهو لباس رقيق يرتدى تحت السترة غالبا وجمعه أقمصة وقمصان . المعجم الوسيط (٧٦٥/٢) .

(٣) القباء : ثوب معروف وهو مفرج من القدم إلى الحلق لا يحتاج لابسه إلى إدخال رأسه فيه وجمعه أقبية . راجع النظم المستعذب (٤١٠/١) .

(٤) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٥) بالنسخ [والقول] وهو خطأ .

(٦) راجع البدائع (٢١٩/٤) ، حاشية ابن عابدين (٧٥/٦) ، تبيين الحقائق (١٤٢/٥) ، اللباب (١٠٢/٢) .

(٧) محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري أبو عبد الرحمن الكوفي الفقيه قاضي الكوفة روى عن أخيه عيسى وابن أخيه عبد الله بن عيسى ونافع مولى ابن عمر وغيرهم وروى عنه ابنه عمران وقريبه عيسى بن المختار بن عبد الله بن عيسى وزائدة وابن جريج وغيرهم . اختلف في حفظه . ت سنة ١٤٨ هـ . راجع : تهذيب التهذيب (٣٠١/٩) ، وفيات الأعيان (١٧٩/٤) ، شذرات الذهب (٩٢/١) وغيرها .

(٨) ساقطة من (م) ، (ع) وبقول ابن أبي ليلى قال مالك وأحمد أيضًا . راجع : بداية المجتهد (١٧٦/٢) ، المغني (٥٣١/٥) وفيه أن مالك قال بقول أبي حنيفة وهو خطأ .

(٩) حكى الإمام الشافعي القولين في اختلاف العراقيين ونقل معهما قولًا لأبي يوسف أنه إن كان شيئا متقاربا قبل قول المستأجر ، وإذا تفاوت لم يقبله ، ولم يتعرض الشافعي بعد حكاية الأقوال لتصحيح شيء منها ، وفي كتاب اختلاف الأجير والمستأجر قال الشافعي : بأنهما يتحالفان ، ثم قال الربيع والذي يأخذ به الشافعي في هذا أن القول قول رب الثوب . أما قول المصنف هنا نقلا عن الشافعي وأصح القولين .. فما نقلته كتب المذهب الشافعي عن الشافعي في هذا المقام أنه قال بعد أن ذكر قول أبي حنيفة وهو أشبه ثم قال تعليقًا على القولين (قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى) وكلاهما مدخول . والذي يظهر أن هذه العبارة لا توافق عبارة =

١٧٧٣٤ - فقال عامة أصحابه : المسألة [١] على قولين : أحدهما مثل : قول أبي حنيفة والآخر . كقول ابن أبي ليلى .

١٧٧٣٥ - ومنهم من قال فيها قول ثالث . أنهما يتحالفان ، ومنهم من قال فيها قول واحد بأنهما يتحالفان [٢] ، لأنه قال في موضع آخر بعد حكاية القولين هما مدخولان [٣] .

١٧٧٣٦ - وإذا قالوا بالتحالف فإذا حلف أحدهما دون الآخر قضى [٤] له وإن حلفا جميعًا ففيها قولان :

= المصنف هنا لأن « أشبه » أي شبه المنصوص رواية والراجح دراية فتكون الفتوى عليه الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ ٣٩١ . ولو كان كذلك لتساوت عبارة الشافعي مع عبارة المصنف غير أنه قال بعد ذلك وكلاهما مدخول (أي يمكن الدخول فيه وإفساده) النظم المستعذب (٤١٠/١) . وهذا ينافي الصحة لأنه لو كان صحيحا لما أمكن الدخول فيه وإفساده . جاء في المهذب » وإن دفع ثوبا إلى خياط فقطعه قباء ثم اختلفا فقال رب الثوب أمرتك أن تقطعه قيمصا فتعديت بقطعه قباء فعليك ضمان النقص ، وقال الخياط بل أمرتني أن أقطعه قباء فعليك الأجرة فقد حكى الشافعي رحمه الله في اختلاف العراقيين قول ابن أبي ليلى أن القول قول الخياط وقول أبي حنيفة رحمه الله أن القول قول رب الثوب ثم قال : وهذا أشبه ، وكلاهما مدخول . راجع المذهب (٥٦/١) ، الأم (٢٦٣/٣) ، الحاوي (٤٠٢) .

(١) عند هذا الموضع حدث انتقال من الناسخ في النسخة (ع) فأدخل المسألتين التاليتين هنا ثم عاد فأكمل المسألة .

(٢) قائل هذا القول تمسك بقول الشافعي السابق في الأم « وكلاهما مدخول فكأنه رد القولين ثم صرح بمذهبه وهو أنهما يتحالفان » . راجع الأم (٢٦٣/٣) .

(٣) قال الماوردي بعد أن ذكر رأي الإمام في المسألة « واختلف أصحابنا في ذلك على ثلاثة طُرق : أحدها : وهي طريقة ابن سريج وأبي إسحاق المروزي وابن علي ابن أبي هريرة وأبي حامد المروزي أن المسألة على قولين : أحدهما - أن القول قول الخياط وهو مذهب ابن أبي ليلى والثاني : أن القول قول رب الثوب وهو مذهب أبي حنيفة وحملوا قول الشافعي وكلاهما مدخول بمعنى محتمل لا يقطع بصحته لما يعترضه من الشبه التي لا يخلوا منها قول مجتهد ثم مال إلى ترجيح أحدهما لقوته على الآخر وهو قول أبي حنيفة أن القول قول رب الثوب واختاره المزني والطريقة الثانية لأصحابنا ولعلها طريقة أبي الطيب بن سلمة وأبي حفص بن الوكيل أن المسألة على ثلاثة أقاويل على ما حكاه المزني في جامعه الكبير منهما هذان القولان . والثالث : أنهما يتحالفان . والطريقة الثالثة : وهي طريقة المتأخرين من أصحابنا أن المسألة على قول أنهما يتحالفان لأنه وإن ذكر قول أبي حنيفة وابن أبي ليلى فقد رغب عنهما بقوله وكلا القولين مدخول . راجع الحاوي ص٤٠٤-٤٠٦ . والقول بالتحالف رجحه الإمام الماوردي وصاحب المهذب . قال في المهذب « والثالث أنهما يتحالفان وهو الصحيح لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه لأن صاحب الثوب يدعي الأرش والخياط ينكره فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن . راجع المهذب (٥٣٦/١) ، الحاوي (٤١١) .

(٤) في (م) ، (ع) : [قضاه] .

١٧٧٣٧ - أحدهما يأخذ الثوب وأرش [١] القطع .

١٧٧٣٨ - والثاني : يأخذ الثوب ولا أرش له كما لا أجرة عليه [٢] .

١٧٧٣٩ - لنا : أنه قطع ثوبا لغيره وادعى الإذن فوجب أن يكون اليمين عليه [٣] .

١٧٧٤٠ - أصله : إذا قال لم آذن لك في شيء .

١٧٧٤١ - وعلى القول الآخر [٤] نقول ، إذا جحد الإذن لم يتحالفا ، ولأنه إذن . . خاص مستفاد من جهة صاحب الثوب ، فوجب أن يكون القول قول [٥] الآذن في صفة الإذن كالوكيل والموكل .

١٧٧٤٢ - ولا يلزم المضارب ورب المال لأن الإذن في المضاربة إذا وقع « خاصًا » [٦] فالقول قول رب المال .

١٧٧٤٣ - ولأنه [٧] يدعي استحقاق الأجرة بإيفاء العمل فلا يقبل قوله ، [أولا يثبت] [٨] التحالف . أصله إذا جحد الإذن [٩] .

١٧٧٤٤ - احتجوا بقوله ﷺ [١٠] « البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى المُدَّعى [١١] عَلَيْهِ [١٢] .

---

(١) الأرش الفرق في القيمة بين السلامة والعيب في السلعة . القاموس باب الشين فصل الهمزة (٢٧١/٢) .

(٢) راجع المهذب (٥٣٧/١) .

(٣) سبب اختلاف الفقهاء في هذه المسألة يرجع إلى اختلافهم في تعين المدعي والمدعى عليه منهما . قال ابن رشد وسبب الخلاف من المدعِي منهما على صاحبه و من المدعَى عليه بداية المجتهد (١٧٦/٢) . وبالنظر إلى نص المصنف يتبين لنا أن الخياط هو المدعي عند الأحناف فلما أنكر المدعى عليه وهو صاحب الثوب لزمه اليمين . وهذا ما قصده المصنف بقوله : « فوجب أن يكون اليمين عليه » أي على صاحب الثوب ، وإنما كانت اليمين على صاحب الثوب في حالة الإنكار لما يأتي في الحديث .

(٤) أي على القول بأنهما يتحالفان .

(٥) ساقطة من (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [خاصة] .

(٧) أي الخياط .

(٨) في (م) ، (ع) : [ولا يثبت] .

(٩) في (م) ، (ع) : [الابن] وهو خطأ .

(١٠) ساقط من (م) ، (ع) .

(١١) الحديث يستدل به الشافعية هنا على القول الصحيح عندهم بأنهما يتحالفان لأنهم يرون أن كل واحد منهما مدعًى عليه . ومع ذلك فالحديث يصلح استدلالا للأقوال الثلاثة الواردة في المسألة فيمكن أن يستدل به الأحناف على مذهبهم لأنهم يجعلون صاحب الثوب مدعًى عليه ، ويستدل به ابن أبي ليلى والحنابلة والمالكية والشافعية في قولهم الموافق لهم لأنهم يجعلون الخياط مدعًى عليه وكل مدعًى عليه إذا أنكر يلزمه اليمين .

(١٢) الحديث بلفظه أخرجه مسلم في صحيحه من حديث ابن عباس « لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ ولكنِ البينَةُ على المدَّعِي واليمينُ على المدَّعَى عَلَيْهِ » . صحيح مسلم الأقضية (١٣٣٦/٣) =

١٧٧٤٥ - وكل واحد منهما مدع ، لأن صاحب الثوب يدعي الضمان ، والخياط يدعي الأجرة .

١٧٧٤٦ - قلنا : المدعي من خالف قوله الظاهر ، والمدعى عليه من شهد له الظاهر وصاحب الثوب يجحد الإذن والأصل أنه لم يأذن [فالظاهر] (١) معه فهو المدعى عليه (٢) .

١٧٧٤٧ - ولا يجوز القياس على اختلاف المتبايعين لأن هناك إذا تحالفا فسخ العقد وعاد المعقود عليه لأن (٣) المبيع ما خرج من ملكه ، وهذا لا يوجد في مسألتنا فلا يثبت التحالف ، ولهذا [نقول] (٤) في [المبيع] (٥) الهالك لا تحالف فيه .

١٧٧٤٨ - احتجوا : للقول الآخر (٦) [بأنهما] (٧) اتفقا على الإذن ، واختلفا في التعدي ووجوب الضمان ، والأصل أنه غير [متعد] (٨) و [أنه] (٩) لا ضمان عليه . فوجب أن يكون القول قوله كما لو ادعى عليه القطع فأنكره الخياط (١٠) .

= وبلفظ مسلم أخرجه ابن ماجه في سننه . الأحكام (٧٧٨/٢) وأبو داود في سننه الأقضية (٤٠/٤) ، الطبراني في الكبير (١١٦/١١) وأصل الحديث في البخاري مختصرا بلفظ « أن النبي ﷺ قضَى أن اليمين على المدعَى عليهِ » . صحيح البخاري رهون إذا اختلف الراهن والمرتهن ... (١٨٧/٣) وانظر فتح الباري لابن حجر كتاب التفسير (٢١٣/٨) . وأخرجه البيهقي عن ابن عباس أيضًا بلفظ « . . وَلَكِنِ البيّنَةُ عَلَى مَن أَنكَرَ » السنن الكبرى . كتاب الدعوى والبينات باب البينة على المدعى عليه واليمين على المدعى عليه (٢٥٢/١٠) . ومن حديث عمرو ابن شعيب في سنن الدارقطني كتاب الدعوى والبينات باب البينة على المدعي (٢٠٨/٤) ، والترمذي كتاب الأحكام باب ما جاء في أن البينة على المدعِي واليمين على المدعَى عليه « بلفظ مسلم » (٦٢٥/٣) .

(١) في (ن) : [قال طاهر] وهو تحريف .

(٢) قال الشيرازي بعد أن ذكر الأقوال في المسألة : الدليل على أن القول قول الخياط أنهما اتفقا على الإذن واختلفا في التعدي فكان القول قول المأذون كالمضارب ورب المال . قالوا : الخياط مدعًى عليه بما ينكره فأشبه إذا أدعى عليه الإذن في القطع فأنكره قلنا هناك الظاهر مع رب الثوب فإن الأصل عدم الإذن وههنا الظاهر مع الخياط لأن رب الثوب يدعي عليه تعديا الأصل عدمه ، ولهذا لو اختلف رب المال والمضارب في الإذن في التصرف كان القول قول رب المال ولو اختلفا في التعدي كان القول قول المضارب « النكت ورقة ١٧٠ .

(٣) كذا بلانسخ ولعل الصواب [إلى] .

(٤) في (ن) : [نقوله] .

(٥) في (م) ، (ع) : [البيع] .

(٦) أي القول الذي يوافق ابن أبي ليلى أن القول قول الخياط .

(٧) في (ن) : [فإنهما] .

(٨) في (م) ، (ع) : [متعدى] .

(٩) في (م) ، (ع) : [لأنه] وفي ب [أنه] .

(١٠) راجع المهذب (٥٣٦/١) ، الحاوي (٤٠٢ ، ٤٠٩) .

١٧٧٤٩ - قلنا : يبطل إذا قال أودعتك ، فقال وهبت لي ، وقد استعمل العتق فإنهما اتفقا على الإذن وادعى [الدافع] [1] التعدي ، ثم جعلنا القول قوله .

١٧٧٥٠ - قالوا : لو اختلف المضارب ورب المال في عموم التصرف كان القول قول المضارب ، وإن كان الإذن يستفاد من جهة رب المال [2] .

١٧٧٥١ - قلنا : لأن لفظ المضاربة يقتضي العموم ، فمن يدعي تخصيص اللفظ لا يقبل قوله . وفي مسألتنا الإذن وقع [خاصا] [3] فالقول قول الآذن في صفته ، كما لو اتفق على مضاربة خاصة ، ثم اختلفا في كيفية الإذن كان القول فيه قول رب المال .

١٧٧٥٢ - قالوا : وقد تجوز الإجارة عامة [4] إذا قال للخياط اقطعه ما شئت فهو كالمضاربة [5] .

١٧٧٥٣ - قلنا [6] : المضاربة مقتضاها العموم بدلالة أنها تصح بإطلاق اللفظ فيثبت العموم حكما والخياطة ليس كذلك .

١٧٧٥٤ - لأنه لو قال اقطع هذا الثوب لم يصح حتى يخص الإذن أو يجعل المشيئة إليه فيقول اقطعه ما شئت فعلم أن مقتضى اللفظ ليس هو العموم .

* * *

---

(١) في (م) ، (ع) : [لدفع] والمراد بالدفع صاحب الثوب .
(٢) راجع المغني لابن قدامة في هذا القول والاحتجاج السابق أيضًا (٥٣١/٥) .
(٣) في (م) ، (ع) : [خالصا] .
(٤) قاعدة : « تجوز الإجارة عامة ، كما لو قال للخياط اقطع ما شئت » .
(٥) بيّن الإمام الماوردي وجه أن القول قول الخياط فقال « إن العادة جارية بأن الخياط يعمل في الثوب ما أذن له فيه ولا يقصد خلافه . وإن جرى غير ذلك فنادر فصارت العادة مصدقة لقول الخياط دون رب الثوب ، ثم استدل بدليل آخر فقال « إن الخياط لما صدق على الإذن المبيح لتصرفه صار مؤتمنًا فلم يقبل ادعاء رب الثوب عليه فيما يوجب غرما ، لما في ذلك من الإفضاء إلى أن لا يشاء مستأجر أن يثبت غرما ، ويسقط أجرا ، بادعائه خلافًا وهذا يدخل على الناس الضرر فحسم . فعلى هذا يحلف الخياط بالله تعالى لقد أمره أن يقطعه قباء ولا غرم عليه » . الحاوي (٤٠٧/٧) .
(٦) في (م) ، (ع) : [قالوا] وهو خطأ .

إجارة الدار شهرا مطلقًا

١٧٧٥٥ - قال أصحابنا : إذا استأجر دارا شهرا جاز وكان أول المدة عقيب العقد [١] .

١٧٧٥٦ - وقال الشافعي : لا تصح الإجارة إلا أن تتصل المدة بالعقد ولا يتصل به إلا إن [سمى] [٢] ذلك [٣] .

١٧٧٥٧ - لنا : قوله تعالى : ﴿ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَٰنِىَ حِجَجٍ ﴾ [٤] ولم يبين أول المدة ، ولأنه تقدير لمدة [بغير] [٥] [مزاحمة] [٦] [فوجب أن يختص بعقيب السبب عند إطلاقها . أصله إتلاف سائر الأثمان ، ولأنها مدة مشروطة في العقد [٧]] فوجب أن يقتضي إطلاقه كونها من حين العقد كالأجل .

١٧٧٥٨ - ولأنه نوع إجارة فإطلاقها يقتضي ثبوت المطالبة بالشفعة عقيب العقد .

(١) وافق الأحناف كل من مالك وجمهور الحنابلة . راجع البدائع (١٨١/٤) ، المبسوط (١٣١/١٥) ، بداية المجتهد (١٧٠/٢) ، المغني (٤٣٦/٥) .

(٢) في (ن) : [يسمى] .

(٣) ما أثبته المصنف هنا يتفق مع ما ورد في المهذب من ضرورة النص على ابتداء المدة عقب العقد . قال في المهذب : فإن قال أجرتك هذه الدار شهرا لم يصح لأنه ترك تعيين المعقود عليه في عقد شرط فيه التعين فبطل كما لو قال بعتك عبدا . المهذب (٥٢٣/١) ، وفي النكت « إذا قال أجرتك هذه الدار شهرا لم يصح . وقال أبو حنيفة : يصح في شهر واحد من حين العقد ، النكت ورقة ١٦٧ . غير أن كتب المذهب الشافعي لم تتفق على هذا ؛ ففي مغني المحتاج ما يدل على الجواز من غير اشتراط أن تلي المدة العقد ، ففيه : « ولو أجره شهرا مثلا وأطلق صح وجعل ابتداء المدة من حينئذ لأنه المفهوم المتعارف ، وإن قال ابن الرفعة : لابد أن يقول من الآن » مغني المحتاج (٣٤٠/٢) . فقوله لأنه هو المفهوم المتعارف يدل على أنه يؤخذ من العرف لا من القول وكذا قوله وإن قال ابن الرفعة ... إلخ يشعر بعدم اشتراط ذلك ومثله أيضًا في البجرمي « ولا يشترط تعين ابتداء مدة الإجارة ؛ فلو قال : أجرتك سنة أو شهرا ولم يقل من الآن صح وحمل على ما يتصل بالعقد » البجرمي على الخطيب (١٧٨/٣) ، وفي فتح العزيز شرح الوجيز جمع بين الاتجاهين فقال « قول العاقد أجرتك شهرا أو سنة محمول على ما يتصل بالعقد في أظهر الوجهين ، وبه قال أبو حنيفة ؛ لأنه المفهوم المتعارف ، قال أحمد : لابد وأن يقول من الآن وإلا فهو كقوله بعتك عبدا من العبيد » فتح العزيز (٣٤٢/١٢) . وبقول الشافعي قال بعض الحنابلة استنادا إلى رواية إسماعيل من سعيد عن أحمد أنه قال « إذا استأجر أجيرًا شهرًا فلا يجوز حتى يسمي الشهر المغني (٤٣٦/٥) .

(٤) سورة القصص : الآية ٢٧ .

(٥) في (ن) : [لغير] .

(٦) بياض في (ن) .

(٧) ساقط من (م) ، (ع) .

١٧٧٥٩ - أصله : إذا [استأجر] (١) ليخيط ثوبًا .

١٧٧٦٠ - احتجوا : بأن الشهر [لا يذكر (٢)] في العقد أجلا وإنما يذكر ليتقدر المعقود عليه به وما ذكر لتقدير المعقود عليه به [معلوما كقوله أسلمت إليك في كذا من طعام وتحريره ما يقدر به المعقود عليه في المعاوضة لم يتعين به كقوله بعتك كذا (٣)] .

١٧٧٦١ - قلنا : يبطل بالمدة في الإتلاف فإنها ليست باختلاف وإنما يتقدر بها المعقود عليه ، ومع ذلك [تتعين] (٤) بها المدة عقيب العقد [ولأنا (٥)] لا [نعتبر] (٦) المدة مما يلي العقد بالتقدير [ولكن] (٧) لأنا لو [لم (٨)] نحملها على ذلك بطل العقد ، وهذا كما نقول جميعا في الأجل إنه يختص بعقيب العقد ليس لتقدير المدة لكن ليصح العقد بنفس المدة (٩) .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [استأجر] .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) ، وانظر النكت ورقة ١٦٧ .

(٤) في (م) ، (ع) : [تعين] .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (م) ، (ع) : [تعتبر] .

(٧) في (م) ، (ع) : [لكنه] .

(٨) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) .

(٩) قال الشيرازي ردًا على قول المصنف : إن الأجل يختص بعقيب العقد فكذا إجارة الشهر . قال « لأن القصد في الأجل الزمن لتأخير المطالبة فحمل على ما يعقب وههنا القصد تقدير المعقود عليه فلم يتعين به » . النكت ورقة ١٦٧ .

إجارة مدة لا تلي العقد

١٧٧٦٢ - قال أصحابنا : إذا أجر داره شهر رمضان وهما في رجب جاز [١] .

١٧٧٦٣ - وقال الشافعي : لا يجوز . وإن أجرها سنة [ثم أراد أن يؤجرها سنة [٢]] أخرى من غير المكتري [٣] لم يصح قولًا واحدًا . وإن أكراها من [المكتري] [٤] فالمنصوص أنه يصح .

١٧٧٦٤ - ومن أصحابهم من قال : لا يصح . وإن كانت المنافع في الذمة بشرط التأخير عن العقد جاز [٥] .

---

(١) وبه قال الحنابلة والمالكية أيضًا . راجع البدائع (٢٠٣/٤) ، تبيين الحقائق (١٠٦/٥) ، حاشية ابن عابدين (٦/٦) ، بداية المجتهد (١٧٠/٢ ، ١٧١) ، المغني (٤٣٦/٥) .

(٢) ساقط من (م) ، (ع) .

(٣ ، ٤) في (م) ، (ع) : [المكري] وهو خطأ والمراد المستأجر .

(٥) يفرق الشافعية بين إجارة العين وإجارة الذمة في جواز تأخير المنفعة حيث لم يجوزوا التأجيل في إجارة العين قولًا واحدًا وأجازها بعضهم في الإجارة الواقعة على عمل في الذمة كما أنهم فرقوا في إجارة الدار سنة مثلًا بين أن يؤجرها المؤجر سنة أخرى من المستأجر للسنة الأولى وبين إجارتها لغيره حيث أجازوها بالنسبة للمستأجر الأول في أحد الوجهين ومنعوها إذا كانت لغيره . قال في فتح العزيز شارحا نص الوجيز « وإجارة الدار للسنة القابلة فاسد إذ لا تسلط عليه عقيب العقد ... قال : عرفت انقسام الإجارة إلى واردة على العين ووارد على الذمة إما إجارة العين فلا يجوز إيرادها على المستقبل كإيجار الدار للسنة القابلة والشهر الآتي وكذا إذا قال أجرتك سنة مبتدأة من الغد أومن الشهر الآتي أو أجرتك هذه الدابة للركوب إلى موضع كذا على أن تخرج غدًا وقال أبو حنيفة وأحمد يجوز ذلك . لنا القياس على البيع فإنه لو باع على أن يسلم بعد شهر فإنه باطل ولو قال أجرتك سنة فإذا انقضت السنة فقد أجرتك سنة أخرى فالعقد الثاني باطل على الصحيح كما لو قال إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك مدة كذا فأما الإجارة الواردة على الذمة فيحتمل فيها التأجيل والتأخير كما إذا قال ألزمت ذمتك حملي إلى موضع كذا على دابة صفتها كذا غدا أو غرة شهر كذا كما لو أسلم في شيء مؤجلًا وإن أطلق حالًا وإن أجر داره سنة من زيد ثم أجرها من غيره السنة الثانية قبل انقضاء الأولى لم يجز فإن أجرها من زيد ثم أجرها من غيره أو منه مدة لا تتصل بآخر المدة الأولى والثاني يجوز لاتصال المدتين كما لو أجر منه السنتين في عقد واحد وهو أصح عند صاحب التهذيب وغيره ورجح في الوسيط الوجه الأول محتجًا بأن العقد الأول ينفسخ فلا يتحقق شرط العقد الثاني وهو الاتصال بالأول ... راجع فتح العزيز شرح الوجيز (٢٥٧/١٢-٢٥٩) ، المهذب (٥٢٣/١-٥٢٤) ، نهاية المحتاج (٢٧٥/٥-٢٧٧) ، مغني المحتاج (٣٣٨/٢) .

١٧٧٦٥ - لنا : أن كل شهر لو أجره مع ما يليه جاز فإذا أجره منفردا [من[1] أجنبي][2] جاز . أصله الشهر الأول .

١٧٧٦٦ - ولا يمكن القول بموجبه إذا أجره من المستأجر ، لأنا قلنا من الأجنبي ولأن كل مدة جاز عقد الإجارة عليها جاز إفرادها بالعقد مع عموم الناس . أصله المدة التي تلي العقد ، ولأن كل وقت جاز أن [يعقد][3] فيه الإيلاء[4] جاز أن يبتدئ فيه عقد الإجارة كالمدة التي تتعقب الإجارة .

١٧٧٦٧ - ولأنه أحد نوعي الإجارة فجاز تأخير المنفعة فيه ، أصله[5] كما لو كانت الإجارة على ما في الذمة .

١٧٧٦٨ - فإن قيل : إذا كانت المنفعة في الذمة جاز شرط تأخيرها ، كما يجوز تأخير المبيع في الذمة [وإذا كانت في غير الذمة لم يجز شرط تأخيرها ، كما لا يجوز تأخير المبيع المعين[6]] .

---

(١) في (م) ، (ع) : [عن] . (٢) في (ن) : [أجير] .

(٣) في (ن) : [انعقد] .

(٤) في (م) ، (ع) : [الإيلا] . والإيلاء : هو اليمين على ترك وطء المنكوحة مدة مثل والله لا أجامعك أربعة أشهر التعريفات ص٣٤ . وعرفه الكمال بن الهمام : بأنه اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله تعالى . فتح القدير (١٨٩/٤) . وفصله النووي في المنهاج فقال « هو حلف زوج يصح طلاقه ليمتنعن من وطئها مطلقًا أو فوق أربعة أشهر وكذلك لو علق طلاقا أو عتقا أو قال إن وطئتك فلله عليّ صلاة أو صوم كان موليا . » المنهاج ص١١١ ط الحلبي . وقصد المصنف بذلك أن الإيلاء يبدأ بعد انعقاد اليمين بالامتناع عن الوطء ثم يستمر مدة الشهور الأربعة . وأرى أن هذا لا يصلح دليلا على تأجير الدار مدة لا تلي العقد ، لأن الإيلاء يبدأ بعد انعقاد اليمين ، فهو يصلح دليلا على إجارة الدار شهرًا مطلقًا ، من غير أن ينص في العقد على أنه يبدأ بعد العقد ، كما سبق في المسألة السابقة وقد استدل به ابن قدامة في المغني على مسألة تأجير العين شهرًا مطلقًا فقال « فإن أطلق وقال أجرتك سنة أو شهرا صح ، وكان ابتداؤه من حين العقد ، وهذا قول مالك وأبي حنيفة . وقال الشافعي وبعض أصحابنا لا يصح حتى يسمي الشهر ويذكر أي سنة هي فإن أحمد قال في رواية إسماعيل بن سعيد إذا استأجر أجيرًا شهرًا فلا يجوز حتى يسمي الشهر . ولنا قوله تعالى : ﴿ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ ﴾ ولم يذكر ابتداءها ولأنه تقدير بمدة ليس فيها قربة فإذا أطلقها وجب أن تلي السبب الموجب كمدة السلم والإيلاء وتفارق النذر فإنه قربة » المغني (٤٣٦/٥-٤٣٧) . ولا يخفى الفرق بين إجارة مدة مطلقة ، وبين إجارة مدة لا تلي العقد .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) ما بين القوسين ساقط من (م) ، (ع) .

١٧٧٦٩ - قلنا : المنافع المستقبلة لا يمكن قبضها في الحال فيجوز أن يتعلق قبضها بالوقت الممكن كبيع العبد .

١٧٧٧٠ - احتجوا : بأنه عقد معاوضة على معين ، شرط فيها تأخير تسليم المعقود عليه فوجب أن لا يصح . أصله : إذا باع على أن يُسَلِّمَ في وقت مستقبل (١) .

١٧٧٧١ - قلنا : لم يشترط تأخير التسليم وإنما (٢) علق التسليم (٣) بحال إمكان التسليم فهو كبيع العبد الغائب عن حضرتهما ، وكتزويج الصغيرة التي لا يمكن وطؤها ، فإن العقد يصح ويقف التسليم على حين إمكانه فيهما .

١٧٧٧٢ - ولأن البيع لا يقع على عبدين يكون تسليم أحدهما وشرط [تأخير الآخر (٤)] . كذلك لا يقع على غير شرط تأخير تسليمها . ولما جاز أن تقع الإجارة على مدتين يتأخر تسليم أحدهما جاز أن يبتدئ العقد عليهما .

١٧٧٧٣ - فإن قيل : إذا عقد على شهرين فهو تسليم في الحال تسليما يفضي إلى تسليم الشهر الآخر فهو (٥) كمن باع صبرة لا يقدر على [نقلها] (٦) دفعة جاز لأن [بدءه] (٧) عقيب العقد بنقل جزء منها يفضي إلى نقل كلها .

١٧٧٧٤ - قلنا : لا يثبت به للصبرة مدة الإجارة ، لأن الشهر الثاني لا سبيل إلى قبضه عقيب العقد (٨) فحكمه في حال الاجتماع والانفراد سواء . والصبرة كل جزء منها يصح نقله عقيب العقد فعلم أن العقد لم يقتض تأخير قبض (٩) شيء منها .

١٧٧٧٥ - قالوا : معاوضة لا توجب ملك العوض في إحدى الجانبين فلم يصح كبيع الآبق (١٠) .

---

(١) قال في المهذب : « فإن كان على مدة لم يجز إلا على مدة يتصل ابتداؤها بالعقد ، فإن كان على عمل معين لم يجز إلا في الوقت الذي يمكن فيه الشروع في العمل ، لأن إجارة العين كبيع العين ، وبيع العين لا يجوز إلا على ما يمكن الشروع في قبضها فكذلك الإجارة » المهذب (٥٢٣/١) وفي النكت « لنا أنه معاوضة على معين شرط فيه تأخير التسليم فلم يصح البيع » النكت ورقة ١٦٧ .

(٢) في (م) ، (ع) : [وإذا] .　　(٣ ، ٤ ، ٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) بدلًا مما جاء في النسخ بلفظ : « نقل ما » .　　(٧) بدلًا ما جاء في النسخ بلفظ : « يبتدئ » .

(٨) المعنى أنه قد امتنع سبيل قبض الشهر الثاني عقيب العقد لانشغال العين باستيفاء منفعة الشهر الأول . خلافا للصبرة فإن المانع من التسليم إنما هو عجز المشتري عن حملها اما تسليمها فهو غير ممتنع .

(٩) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) : [قصر] وهو خطأ .

(١٠) منع بيع العبد الآبق هو مذهب جمهور العلماء ، لأن من شرط البيع القدرة على تسليم المبيع ، غير أن =

١٧٧٧٦ - قلنا : يبطل إذا زوج المولى [١] أمته الصغيرة عبدا ولم [يسم] [٢] مهرا فعندهم المهر لا يملك بالعقد [٣] ، والاستباحة لا تملك لأنه لا يجوز وطؤها [٤] وإنما خصصنا النقص [٥] لأنهم يقولون الصغيرة [لا يزوجها [٦]] إلا الأب والجد [٧] ولا يملكان إسقاط مهرها .

١٧٧٧٧ - قالوا : لا يجوز تزويج الأمة إلا إذا خشي العنت [٨] وهذا لا يتصور في الصغيرة [٩] .

= بعض العلماء خالف في ذلك وأجاز بيع العبد الآبق ، لأن الإباق لا يزول به الملك فالبائع يكون بائعا لملكه ، حتى و لو كان آبقا . ففي المغني : بيع العبد الآبق لا يصح سواء علم مكانه أو جهله ، وكذلك ما في معناه من الجمل الشارد والفرس العائر الذى انفلت من صاحبه وشبههما ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي . وروي عن ابن عمر أنه اشترى من بعض ولده بعيرًا شاردًا وعن ابن سرين لا بأس بيع العبد الآبق إذا كان علمهما فيه واحدا ، وعن شريح مثله « المغني (٢٢١/٤ ، ٢٢٢) . وفي البدائع ... ذكر الكرخي رحمه الله أنه ينعقد بيع الآبق حتى لو ظهر وسلم يجوز ولا يحتاج إلى تجديد البيع إلا إذا كان القاضي فسخه بأن رفعه المشتري إلى القاضي فطالبه بالتسليم وعجز عن التسليم ففسخ القاضي البيع بينهما ثم ظهر العبد . ووجه قول الكرخي رحمه الله أن الإباق لا يوجب زوال الملك ألا ترى أنه لو أعتقه أو دبره ينفذ ، ولو وهبه من ولده الصغير يجوز ؛ فقد باع مملوكا إلا أنه يقف على التسليم لما قلنا . البدائع (١٤٧/٥) . وربما كان هذا الذي رواه ابن سرين وشريح والكرخي في جواز بعدم الوقوع فيه . بيع العبد الآبق أقرب إلى التيسير المطلوب في المعاملات ، إذ يصح بناء عليه بيع الملك الهارب من صاحبه حيوانا كان أو غيره شريطة تعرفه المشتري بحال المبيع وعدم وجوده في يد صاحبه بعدًا عن دائرة الغرر الذي تمسك به الجمهور فإن ابن سريج وابن سرين يشترطان تساويهما في العلم أي بأن يعلم المشتري كما يعلم البائع بهرب المبيع وبأن المبيع ليس تحت يد المشتري وبذلك يكون العقد قد حصلت فيه المكاشفة والوقوف على حقيقة المعقود عليه والأصل في العقود رضا العاقدين فإن تراضيا على هذه الصورة فما المانع من إمضاء رغبتيهما . كما أن الكرخي جعل البيع موقوفا على تسليم البائع المبيع للمشتري ، وإلا فسخه القاضي ، فلا ضرر على أي منهما .

(١) ساقطة من (م) ، (ع) . (٢) في (م) ، (ع) : [يسلم] .

(٣) قال في البجرمي : « أما لو زوج الأمة بدون مهر المثل أو بغير نقد البلد أو بمؤجل فينعقد به ولا يكون تفويضا لأن الحق فيه له لا لها » . البجرمي على الخطيب (٣٧١/٣) .

(٤) المانع من الوطء هنا هو الصغر وليس عدم تسمية المهر .

(٥) أي يجعل الصغيرة أمة وليست حرة . (٦) بياض في النسخة (ع) .

(٧) في المهذب « ولا يجوز لغير الأب والجد تزويجها إلا أن تبلغ وتأذن » . المهذب (٤٨/٢) .

(٨) العنت : الفساد والإثم والهلاك والزنا والأخير هو المراد هنا . راجع القاموس المحيط باب التاء فصل العين (١٥٩/١) .

(٩) قال في المهذب : « وأما الأمة المسلمة فإنه إن كان الزوج حرا نظرت فإن لم يخش العنت وهو الزنا لم يحل له نكاحها لقوله تعالى : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ =

١٧٧٧٨ - قلنا : هذا الشرط يعتبرونه في الحر ، ونحن بقضاء تزوجها [من عبد] (١) فيجوز العقد وإن لم يخش العنت ، وكذلك ينتقض بمن (٢) زوج أمته الصغيرة « من » (٣) عبده ، والمعنى في العبد أنه لو باعه مع عبد آخر في يده لم يصح ، كذلك إذا أفرده لم يصح .

١٧٧٧٩ - وفي مسألتنا لو أجر الشهر الثاني مع الأول صح (٤) وليس أحد الشهرين من حقوق الآخر ، فإذا أفرده صح .

١٧٧٨٠ - قالوا : لو صحت الإجارة لم يخل أن يقول يجوز بيع المؤجر للدار قبل حضور مدة الإجارة أو لا يجوز .

١٧٧٨١ - فإن لم يجز فقد منعتموه من بيع ملكه [في] (٥) حال ليس بينهما إجارة .

١٧٧٨٢ - وإن قلتم يجوز البيع بطلت الإجارة فيخرج من أن يكون يستحقه .

١٧٧٨٣ - قلنا : اختلفت الرواية عن أصحابنا في ذلك ، فإن قلنا : يجوز بيعه قبل المدة لم يمتنع كما نقول فيمن قال [لعبده (٦)] أنت حر رأس الشهر جاز بيعه [له (٧)] قبل ذلك ، وإن أدى بيعه إلى بطلان العتق ، [ولا يخرج ذلك (٨)] أن يكون إيقاعا صحيحًا .

١٧٧٨٤ - فإن قلنا : لا يجوز بيعه فلأنه علق بالدار حقا يستحق التسليم به في المستقبل فيمنع ذلك البيع قبل استحقاق التسليم ، كمن أوصى بسكنى داره سنة بعينها لم يجز لوارثه أن يبيعها بعد الموت وإن كانت السنة لم تحضر (٩) .

= أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ .. إلى قوله تعالى : ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ ﴾ [٢٥ : النساء] فدل على أنها لا تحل لمن لم يخش العنت ولم تكن عنده حرة ولا يجد طولا وهو ما يتزوج به حرة ولا ما يشتري به أمة جاز له نكاحها للآية المهذب (٥٨/٢) .

(١) في (م) ، (ع) : [للعبد] .
(٢) في (م) ، (ع) : [من] .
(٣) في (م) ، (ع) : [مع] .
(٤) في (م) ، (ع) : [من] .
(٥) في (م) ، (ع) : [ممن] .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) ساقطة من (ن) .
(٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) رأي الشافعي اشتراط أن تلي المنفعة العقد إلا أن الشافعية نصوا في بعض المسائل أنها مستثناة من هذا الأصل . قال في نهاية المحتاج « ويستثنى من المنع في المستقبلة صور كما لو أجره ليلا لمن يعمل نهارا ، وكإجارة عين شخص للحج عند خروج قافلة بلده أو تهيئتهم للخروج ولو قبل أشهره « الحج » إذا لم يتأت الإتيان به من بلد العقد إلا بالسير في ذلك الوقت . وفي أشهره قبل الميقات ليحرم منه وإجارة دار ببلد غير بلد العاقدين ودار مشغولة بأمتعة وأرض مزروعة لا يتأت تفريغها قبل مضي مدة لها أجرة . نهاية المحتاج (٢٧٦/٥) .

مسألة [١] ٨٨٤

عتق العبد وبلوغ الصبي في مدة الإجارة

١٧٧٨٥ - قال أصحابنا : إذا أجر عبده ثم أعتقه فله الخيار [٢] إن شاء فسخ الإجارة وإن شاء مضى عليها وكانت [الأجرة] [٣] فيما بعد العتق له يقبضها المولى من المستأجر أو يوكله بقبضها [٤] .

١٧٧٨٦ - وقال الشافعي لا خيار للعبد [٥] ، ويرجع على المولى [بأجر المثل] [٦] في قوله القديم .

---

(١) جمع المصنف في هذه المسألة بين مسألتين استقلت كل واحدة منهما ببحث خاص في كتب المذاهب وهما عتق العبد المؤَجَّر في مدة إجارته ، وبلوغ الصبي الذي أجَّره الولي في مدة الإجارة وربما رأى المصنف أن الجامع بينهما زوال الحجر عن كل منهما واتحاد الحكم عند الأحناف فيهما فلم يكن لإفراد كل منهما في بحث خاص داع .

(٢) لا خلاف بين الفقهاء في نفاذ عتق العبد المؤجَّر ، وإنما الخلاف في ثبوت الخيار له في فسخ الإجارة واستدامتها وكذا في الرجوع على مؤجره بأجر المدة التي بعد العتق .

(٣) بدلا من « الإجارة » المثبتة بالنسخ : م ، ع ، وهذه الكلمة ساقطة من (ن) .

(٤) معنى هذا أن العبد إن اختار البقاء على الإجارة وعدم فسخها فالأجرة عن المدة التي بعد العتق له وليست للمؤجر وإن كان المؤجر هو الذي يقبضها وليس العبد فإنه لا يقبضها إلا بوكالة من المولى لأنه هو العاقد الأصلي . وهذا كله إذا لم يكن قد شرط في عقد الإجارة تعجيل الأجرة فإن كان شرط تعجيل الأجرة أو عجلها فإنها تكون للمولى وليس للعبد . قال في البدائع و قبض الأجرة كلها للمولى وليس للعبد أن يقبض الأجرة إلا بوكالة من المولى ، لأن العاقد هو المولى وحقوق العقد ترجع إلى العاقد . هذا إن لم يكن المستأجر عجل الأجرة ، ولا شرط المولى عليه التعجيل ، فإن كان عجل أو شرط عليه التعجيل فأعتق العبد واختار المضي على الإجارة فالأجرة كلها للمولى ، لأنه ملكها بالتعجيل أو باشتراط التعجيل . وإن اختار الفسخ يرد النصف إلى المستأجر ، لأن الأجرة بمقابلة المنفعة ، ولم يسلم له إلا منفعة نصف المدة . راجع : بدائع الصنائع (١٩٩/٤-٢٠٠) ، تبيين الحقائق (١٤١/٥) .

(٥) معنى هذا أن الإجارة بحالها وليس للعبد الخيار في فسخها . وقد وافق الشافعي في هذا المالكية والحنابلة ، فقالوا بعدم فسخ الإجارة وبقائها بعد العتق ، إلا أن المالكية يرون أن الأجر عن المدة التي بعد العتق للعبد إن أراد المولى أنه حر من الآن ، وإن أراد أنه حر بعد انتهاء مدة الإجارة فالأجرة للمولى . والحنابلة يرون أن الأجرة للمولى ، ولا يرجع العبد عليه بشيء ولا يخفى أن مذهب المالكية قريب من المذهب القديم للشافعي . راجع المهذب (٥٣٢/١) ، الحاوي ، أسنى المطالب (٤٣٣/٢) ، وشرح الخرشي على مختصر خليل (٣٣/٧-٣٤) بولاق ، شرح منتهى الإرادات (٢٦٣/٢) .

(٦) في (م) ، (ع) : « أجرة المثل » وهذا فارق آخر بين الأحناف والشافعية الذين لا يجعلون للعبد خيارًا ، »

١٧٧٨٧ - وفي الجديد لا يرجع ، وإذا أجر الصبي ثم بلغ فله الخيار [١] .

١٧٧٨٨ - وقال الشافعي [٢] تبطل الإجارة [٣] .

١٧٧٨٩ - لنا : أنه عقد يقصد به المنفعة صح من المولى عليه في حال لا يملك التصرف في نفسه ، فإذا ملك التصرف ثبت له الخيار في قطعه .

١٧٧٩٠ - أصله : الأمة إذا زوجها المولى ثم أعتقها / [...] [٤] عبده .

٢٠٠/ب

١٧٧٩١ - ولا يلزم المولى إذا زوج عبده ثم أعتقه ، لأن له رفع العقد ولأنه عقد صح من المولى على أمته ، فإذا أعتقها ثبت لها الخيار كالنكاح ، ولأنه أجر مولى عليه فإذا ملك التصرف على نفسه [لم يجبر [٥]] على إتمام العقد كالصبي إذا أجره الوصي ، ولأنه حر مكلف فلا يستحق « منفعة » المستأجر بغير رضاه كما لو أجره الغاصب ثم أعتق .

١٧٧٩٢ - احتجوا : بقوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [٦] .

١٧٧٩٣ - قلنا : هذا خطاب للعاقد ولم يوجد من العبد عقد حتى يخاطب بالوفاء به .

١٧٧٩٤ - قالوا : عقد لازم قبل أن يملك التصرف ، فإذا ملك التصرف لم يثبت له

= ويوجبون له أجر المثل ، أما الأحناف فيثبتون له الخيار ، ويرجع بالأجر المسمى لا أجر المثل .

(١) راجع البدائع (١٧٨/٤ ، ٢٠٠) وبه قال المالكية راجع حاشية الدسوقي (٢٩/٤) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) كذا بالنسخ وهو أحد وجهين عند الشافعية والصحيح عندهم أنها لا تبطل ، ويذكر الشيرازي هذين الوجهين بقوله : « وإن أجر صبيًا في حجره أو أجر ماله (يأتي حكم هذه المسألة عند الأحناف) ثم بلغ فيه وجهان ، أحدهما : لا يبطل العقد لأنه بان بالبلوغ أن تصرف الولي إلى هذا الوقت . ثم قال والصحيح عندي في المسائل كلها أن الإجارة لا تبطل . المهذب (٥٣٣/١) . وهذا الذي صححه صاحب المهذب هو ما جزم به الماوردي في الحاوي قال « فإذا أجر الأب أو الوصي صبيًا ثم بلغ الصبي في مدة الإجارة رشيدًا فالإجارة لازمة لا تنفسخ ببلوغه . الحاوي ٢٣١ وكذا في البجرمي (١٧٩/٣) . وفرق صاحب نهاية المحتاج بين البلوغ بالاحتلام في سن لا يبلغ فيها كأن أجره وهو ابن أربع عشرة سنة ثم بلغ بالاحتلام أو غيره فلا تنفسخ الإجارة ، وإن أجره في سن يبلغ فيها بالسن كأن أجره في المسألة السابقة (وهو ابن أربع عشرة سنة) سنين تبطل في السنة الزائدة لأن البلوغ عند الشافعية بالسن على خمس عشرة سنة . راجع نهاية المحتاج (٣١٩/٥) ورأي الحنابلة يوافق الصحيح من مذهب الشافعية بأن الإجارة لا تنفسخ ببلوغه إلا إذا أجره وهو يعلم أنه يبلغ في المده . راجع . شرح منتهى الإرادات (٣٦٣/٢) .

(٤) في النسخ زيادة « زوجها عبده » .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) من صدر سورة المائدة .

الخيار بملكه التصرف ، كما لو زوج عبده ثم أعتقه أو زوج ابنه أو ابنته [١] أو باع مالهما أو أجر عقارهما [٢] .

١٧٧٩٥ - قلنا : [لا يثبت الخيار [٣] بملك] التصرف لأنه لو أذن له يملك التصرف ولا خيار له ، والمعنى فيه إذا زوج عبده : أنه يملك رفع العقد الذي عقده من كملت ولايته عليه بالطلاق فلم يثبت رفعه بالخيار .

١٧٧٩٦ - وفي الإجارة عقد على منافعه لا يملك رفعه [بغير] [٤] الخيار فملك رفعه بعد الحرية بالخيار . [وأما] [٥] إذا زوج ابنه أو ابنته [٦] فالعقد وقع لهما من كامل الولاية وليس في تبقيته شين . فكأنهما عقداه بأنفسهما . وفي مسألتنا وقع العقد للمولى فلم يلزم [العبد] [٧] بعد الحرية البقاء عليه كما لو ابتدأه . وأما إذا أجر عقارهما فالعقد أيضًا وقع لهما [ولاشين في تبقيته] [٨] فلم يثبت فيه حق [الفسخ] [٩] مع كمال ولاية العاقد .

* * *

---

(١) في (ن) : [ابنته] .
(٢) راجع المهذب (٥٣٢/١) ، أسنى المطالب (٤٣٤/٢) ، شرح منتهى الإرادات (٣٦٣/٢) .
(٣) في (م) ، (ع) بدل هذه العبارة : [الخيار بملك] .
(٤) في (م) ، (ع) : [لغير] .
(٥) في (م) ، (ع) : [لنا] وهو خطأ .
(٦) في (ص) : [بنته] .
(٧) في (م) ، (ع) : [العقد] وهو خطأ .
(٨) في (م) ، (ع) بدل هذه العبارة : [ولا تبين في بيعه] وهو تحريف .
(٩) في (م) ، (ع) : [العقد] وهو خطأ .

بلوغ الصبي وماله مؤجر

١٧٧٩٧ - قال أصحابنا : إذا أجر الأب مال ابنه ثم بلغ الابن فلا خيار له (١) .

١٧٧٩٨ - وقال الشافعي ارتفع العقد (٢) .

١٧٧٩٩ - لنا : أنه عقد لازم فإذا عقده على مال ولده لم يبطل العقد بعد بلوغه كالبيع ، ولأنه عقد على منافع ملكه كتزويج أمته .

١٧٨٠٠ - ولأن العقد صح من [المولى] (٣) وانبرم فلا يرتفع [بزوال] (٤) ولايته عنه كمن أجر عبده ثم أعتقه ولأنه عقد (٥) يقصد به المنفعة صح من الأب في مال الصغير فلم يؤثر بلوغه كالنكاح .

١٧٨٠١ - احتجوا : بأنه عقد إجارة في حق الصبي فوجب أن يزال بزوال الولاية عنه ، كما لو كانت الإجارة عليه .

---

(١) فرق المصنف بين إجارة الصبي وإجارة ماله فجعل لكل منهما مسألة مستقلة وذلك لأن حكمهما مختلف ، ففي المسألة السابقة ثبت له الخيار عند الأحناف أما هذه فلا خيار له فيها والفرق بين إجارة الصبي وإجارة ماله « وهو ما سبقت الإشارة إليه من أن العقد على النفس فيه تقليل من شأنها خلافا للعقد على المال . قال صاحب البدائع : « إن إجارة ماله تصرفُ نظرٍ في حقه فلا يملك إبطاله بالبلوغ . فأما إجارة النفس فهو في وضعها إضرار وإنما يملكها الولي أو الوصي من حيث هي تأديب ، وقد انقطعت ولاية التأديب بالبلوغ (وقال أيضًا) « لأن في استيفاء العقد إضرارًا به لأنه بعد البلوغ تلحقه الأنفة من خدمة الناس وقد أجره أبوه وهذا قبيح » ! راجع البدائع (١٧٨/٤ ، ٢٠٠) .

(٢) الحكم في هذه المسألة عند الشافعية كالسابقة حتى إنهم لم يفرقوا بينهما في كتبهم بل جمعوا بين إجارة الصبي وإجارة ماله ثم بينوا الحكم فيهما على ما سبق تقريره في المسألة السابقة بأن فيهما وجهين الصحيح عدم البطلان وبقاء الإجارة لازمة وعلى هذا يظهر أن ما أثبته المصنف هنا هو أحد الوجهين وقد سبق نقل نص المهذب وفيه « وإن أجر صبيا في حجره أو ماله ثم بلغ ففيه وجهان .. » . راجع : المهذب (٥٣٣/١) . ولأن حكم المسألتين واحد عند الشافعية فإن الإمام الماوردي لم يتعرض لإجارة ماله واكتفى ببيان حكم إجارة الصبي . راجع الحاوي (٢٣١) ولا يخفى أنه لم يذكر فيه إلا قولًا واحدًا وهو لزوم الإجارة ومثله ما في البجرمي أيضًا (٧٩/٣) . وبذلك يكون ما أثبته المصنف هنا هو الوجه المقابل للصحيح عند الشافعية وبه قال المالكية أيضًا . راجع مواهب الجليل (٤٣٤/٥) .

(٣) في (ن) : [الولي] .

(٤) في (ن) : [زوال] .

(٥) في (ن) بدل الجملة : [ولا عقد] .

١٧٨٠٢ - قلنا : إذا كانت الإجارة لم تزل بزوال الولاية فإنما ثبت له الخيار من تبقية الإجارة ، لأن في [١] تبقية الإجارة شينا [٢] عليه ، لأنه يخدم الناس ، فثبت له الخيار للضرر الذي يلحقه بتبقية العقد ، وليس في تبقية إجارة داره شين عليه ، فلم يثبت له [٣] الخيار [٤] .

* * *

(١) ساقطة من (ن) .

(٢) شانه يشينه ضد زانه (عابه) . القاموس المحيط باب النون فصل الشين (٢٤٣/٤) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) كلام المصنف هنا بمعنى كلام البدائع السابق في بيان الفرق بين إجارة الصبي وإجارة ماله . ومعناه أن في إجارة نفسه ضررا يعود عليه ، لأن خدمة الناس نقص في حقه فلزم ثبوت الخيار في إجارة النفس ، حتى إن أراد أن يدفع ذلك عن نفسه أمكنه ذلك . أما في إجارة ماله فلا خسة ولا نقص في حقه ، فلم تلزم العلة السابقة . راجع البدائع في هذه المسألة جـ٤/١٧٨-٢٠٠ .

استئجار منفعة بجنسها

١٧٨٠٣ - قال أصحابنا : لا يجوز استئجار منفعة بجنسها كاستئجار دار بدار ، ويجوز بغير جنسها كاستئجار دار بخدمة عبد [١] .

١٧٨٠٤ - وقال الشافعي : [٢] يجوز في الوجهين [٣] .

١٧٨٠٥ - لنا : ما روي أن النبي ﷺ « نَهَى عَنِ الْكَالِئِ [٤] بِالْكَالِئِ وَرُوِيَ عَنِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ » [٥] .

١٧٨٠٦ - ومتى استأجر رجلا يخيط له ثوبا بخياطة ثوب فقد ثبت كل واحد من العملين في الذمة فهو دين بدين ، ولأنه عاوض منفعة بجنسها فلم تصح القسمة كنكاح الشغار [٦] .

١٧٨٠٧ - ولا يلزم المهايأة لأنه ليس بمعاوضة وإنما هو [تمييز] [٧] المنافع ، ولا يلزم

---

(١) راجع المبسوط (١٣٩/١٥) ، تبيين الحقائق (١٠٦/٥) ، تكملة فتح القدير (٥٤/٨) ، حاشية ابن عابدين (٦٢/٦) .

(٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) المراد بالوجهين الصورتين أي إجارة المنفعة بمنفعة من جنسها أو من غير جنسها . قال في المهذب : « ويجوز إجارة المنافع من جنسه ومن غير جنسها ، لأن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع » . راجع المهذب (٥٢٢/١) ، فتح العزيز (٢١٠/١٢) ، الحاوي (١٤٠) وقد وافق الشافعي المالكية والحنابلة في القول بالجواز . راجع بلغة السالك على الشرح الصغير (٢٣٢/٢) ط الحلبي ، المغني (٤٤١/٥) .

(٤) الكالئ والكلأة بالضم النسيئة (التأجيل) . راجع القاموس المحيط باب الهمزة فصل الكاف (٢٧/١) .

(٥) أخرج البيهقي في السنن الكبرى عن ابن عمرَ نَهَى ﷺ « عَنْ كَالِئٍ بِكَالِئٍ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ » . راجع السنن الكبرى كتاب البيوع باب ما جاء في بيع الدين بالدين (٢٩٠/٥) .

(٦) وسمي النكاح بذلك لخلوه من المهر ، ويقال أيضًا : شغر الكلب شغرا من باب نفع إذا رفع إحدى رجليه ليبول . وقيل سمي النكاح به لأنهما رفعا المهر من العقد . وشرعا : هو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه المتزوج ابنته أو أخته ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر . وهو من أنكحة الجاهلية التي حرمها الإسلام . راجع . القاموس المحيط باب الراء فصل الشين (٦٢/٢) ، المبسوط (١٠٥/٥) .

(٧) في (م) ، (ع) : [غير] وهو خطأ .

الموصى [له (١)] بسكنى دار إذا صالحه الورثة على سكنى دار أخرى ، لأنه ليس بمعاوضة ، وإنما هو [لإسقاط (٢) حقه (٣)] عن الوصية .

١٧٨٠٨ - ولهذا قالوا : لو أجر الدار الموصى بسكناها من الورثة لم يصح (٤) .

١٧٨٠٩ - ولأنه عاوضه ما ليس بغير جنسه (٥) فوجب أن تبطل التسمية إذا لم يستويا في المجلس « كمن » (٦) باع درهما بدرهم (٧) أو قفيز حنطة غير معين بمثله غير معين .

١٧٨١٠ - ولا يلزم [الشغار لأن التسمية تبطل ولا يلزم (٨)] بيع الطعام بالطعام لأنه إذا تعين جاز (٩) ، وقد احترزنا عنه وإن كان غير معين فهو أصل علتنا ، ولأنه آجرَ دارًا بدار للسكنى فوجب أن لا يصح . أصله : إذا أطلق المدة .

١٧٨١١ - احتجوا : بأنهما منفعتان يجوز إجارة كل واحدة منهما على الانفراد

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) . (٢) في (ن) : « إسقاط » .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) وإنما لم تصح إجارة الدار الموصى بمنفعتها لأن الموصَى له يستحق منفعة الدار بحكم الوصية فلا يصح العقد عليها مرة أخرى بالإجارة لتعذر الاستيفاء ، وسواء في هذا إذا كان الموصى له بالمنفعة هو المستأجر أم غيره . وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

(٥) أي أن المعاوضة في إجارة الدار بسكنى دار أخرى معاوضة جنس بجنسه ، ومعلوم أنه عند اتحاد الجنس في المعاوضات يلزم التقابض في المجلس وعدم التفاضل وإلا كان ربا . (٦) في (م) ، (ع) : [من] .

(٧) إنما قصد المصنف بما سبق التعليل لمنع صحة الإجارة إذا كانت الأجرة منفعة من جنس المنفعة المؤجرة كمن أجر دارًا بسكنى دار أخرى ، وذلك لجريان ربا النسيئة في هذه الحالة لأنه إذا اتحد الجنس وجب التقابض في المجلس كما سبق وحرم التأجيل ، وفي الإجارة لا يمكن التقابض في المجلس ، لأن المنافع لم تحدث بعد ، والعقد يقع عليها فيتحقق المحظور السابق . قال في المبسوط مبينا سبب المنع في إجارة الدار بالدار : « المعقود عليه ما يحدث من المنفعة ، وذلك غير موجود في الحال ، فإذا اتحد الجنس كان هذا مبادلة الشيء بجنسه يحرم نسيئة ، وبالجنس يحرم النساء عندنا بخلاف ما إذا اختلف الجنس كإجارة الدار بخدمة العبد » . راجع المبسوط (١٣٩/٥) . وأرى أن هناك فارق بين إجارة الدار بالدار وبين بيع الدرهم بالدرهم لأن الإجارة مورد العقد فيها المنافع خلافا للبيع فإنه وارد على العين وإن مراعاة المماثلة في الأعيان ممكنة وكذا التقابض بالإضافة إلى النص على أن عدم مراعاة ذلك يكون من قبيل الربا خلافا للمنافع فإن التقابض فيها في المجلس غير ممكن كما أن التماثل فيها يتعذر ، حتى وإن تماثلت المنافع بأن تماثلت الدار المؤجرة في كل شيء فقد لا يتساوى لانتفاع لأنه يختلف من شخص إلى آخر ولذا فإن جريان الربا في المنافع فيما ذهب إليه بعض الأحناف نوع توسع في تفسير الربا ، قادهم إليه تصورهم الفلسفي لطبيعة المنافع وتولدها شيئًا فشيئًا . (٨) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٩) قال في اللباب : وما سوى الأثمان مما يثبت فيه الربا يعتبر فيه التعين ولا يعتبر فيه التقابض لتعينه لأن غير الأثمان يتعين بالتعين . اللباب (٣٩/٢) .

فجاز إجارة إحداهما بالأخرى . أصله منفعة الدار بمنفعة العبد (١) .

١٧٨١٢ - قلنا : منفعة الدار ومنفعة العبد جنسان لا ربا فيهما فلا يعتبر فيهما التعين ولا التقابض ، وليس كذلك الدار بالدار ولأنه (٢) جنس واحد غير معين فلا يصح إذا تأخر استيفاؤه عن مجلس العقد .

١٧٨١٣ - فإن قيل (٣) باطل إذا (٤) استأجر عبدا يرعى الغنم بعبد يخبز له .

١٧٨١٤ - قلنا : منفعة « العبيد » (٥) جنس (٦) واحد وهذا اختلاف الأنواع (٧) فهو كالحنطة البيضاء والحمراء .

١٧٨١٥ - قالوا : لو كان المانع عذر القبض لم يجز [في الجنسين] (٨) لأنه دين بدين (٩) .

١٧٨١٦ - قلنا : المانع عدم القبض (١٠) .

---

(١) قال الشيرازي : تجوز إجارة المنفعة بالمنفعة وقال أبو حنيفة لا تجوز بجنسها . لنا : أنهما منفعتان تجوز إجارة كل واحدة منهما فجاز إحداهما بالأخرى كما لو كانت من جنسين . قالوا معاوضة منافع بمنافع من جنس واحد فلم يجز كما لو زوجه أمته على أن يزوجه ذاك أمته . قلنا : إذا لم يجعل بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى جاز و ولأنه شرط الصداق لغير المرأة ، وها هنا شرط الأجرة لمالك المنفعة ، وإن جعل بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى لم يجز ، لأنه أشرك في البضع بين الزوجين وغيرهم . قالوا : المدة في الإجارة نساء والنَّساء يحرم في الجنس الواحد . قلنا : لا يحرم عندنا ، ثم المدة في الإجارة ليست نساء وإنما هو تقدير للمعقود عليه ولهذا ينقضي الحق بانقضائها والنَّساء ما يحل الحق بانقضائه ، ولأنه لو كان نساء لما جاز بأجرة مؤجلة ، ولوجب أن لا يجوز في الجنسين ، لأنه بيع نسيئة بنسيئة . راجع المهذب (٥٢٢/١) ، الحاوي (١٤٠) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ولأنه] .

(٣) في (م) ، (ع) : [قلنا] وهو خطأ .

(٤) ساقطة من (ن) ، (م) ، (ع) .

(٥) في (م) ، (ع) : [العبد] .

(٦) الجنس كل مقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة في جواب ما هو . التعريفات (٦٩) .

(٧) النوع كل مقول على واحد أو على كثيرين متفقين بالحقائق في جواب ما هو . التعريفات (٢٢١) .

(٨) في (م) ، (ع) : [الجنس] .

(٩) قال ابن قدامة : « وما قاله أبو حنيفة لا يصح لأن المنافع في الإجارة ليست في تقدير النسيئة ولو كانت نسيئته ما جاز في جنسين لأنه يكون بين دين بدين » . المغني (٤٤١/٥) .

(١٠) قال في المبسوط : « لما كان المعقود عليه مما يحدث في المدة لا يتصور حدوثه جملة بل يكون شيئًا فشيئًا فهذا بمنزلة اشتراط الأجل ؛ فإن المطالبة بالتسليم تتأخر بالأجل ، فكذلك المطالبة بتسليم جميع المعقود عليه لا تثبت في الحال ، بل تتأخر إلى حدوث المنفعة ، وهذا أبلغ من ذلك ، لأن بالأجل لا يتأخر انعقاد العقد وهنا يتأخر انعقاد العقد في حق المعقود عليه ، ولكن ليس بدين على الحقيقة ، لأن الدين ما يثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة ، والمحرم : الدين بالدين فلكون المنفعة ليست بدين جوزنا العقد عند اختلاف الجنس ، وللجنسية أفسدنا العقد عند اتفاق الجنس » . راجع المبسوط (١٤٠/١٥) .

استئجار الكتب

١٧٨١٧ - قال أصحابنا : إذا استأجر دفترًا يقرأ فيه لم تصح الإجارة [١] .

١٧٨١٨ - وقال الشافعي تصح [٢] .

١٧٨١٩ - لنا : أنها إجارة لا تصح على مدة مطلقة فلا تصح وإن عين المدة .

١٧٨٢٠ - أصله : ما ليس له قيمة ، ولأنه عين استأجرها ليقرأ فيها فأشبه إذا استأجر [دراهم] [٣] ليقرأ ما عليها ، ولأنها منفعة تستوفى بالنظر فلم تستحق بالإجارة .

١٧٨٢١ - أصله : إذا استأجر ثيابا لينظر إلى نقوشها ، وإذا استأجر الحائط لينظر إلى ما عليه من الكتابة .

١٧٨٢٢ - فإن قيل : النظر إلى هذا مباح بغير إجارة [٤] .

١٧٨٢٣ - قلنا : النظر في المصحف مباح بغير إجارة [٥] .

---

(١) راجع البدائع (١٧٥/٤) ، حاشية ابن عابدين (٣٥/٦) ، تبيين الحقائق (١٢٥/٥) ، المبسوط (٣٦/١٦) .

(٢) قال الشيرازي : « يجوز استئجار الكتب وقال أبو حنيفة : لا يجوز : لنا أنه منفعة يصح إعارتها فجازت إجارتها كمنفعة السكنى ، قالوا استئجار للنظر والقراءة فأشبه استئجار الدراهم والحائط الذي عليه كتابة . قلنا يحتمل أن يجوز استئجار الدراهم لقراءة ما فيها والحائط الذي في الدار ، وإن كان خارج الدار فلأن ذلك مباح له من غير عقد وهذا محرم عليه من غير عقد فجاز العقد عليه . راجع النكت ورقة ١٦٨ وبقول الشافعية قال المالكية والحنابلة . راجع مواهب الجليل (٤٢٣/٥) ، المغني (٥٥٤/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٥٧/٢) .

(٣) في (ن) : [درهما] .

(٤) راجع نص النكت السابق وقال ابن قدامة « لنا أنه انتفاع مباح يحتاج إليه وتجوز الإعارة له فجازت إجارته كسائر المنافع . وفارق النظر إلى السقف فإنه لا حاجة إليه ، ولا جرت العادة بالإعارة من أجله . وفي مسألتنا يحتاج إلى القراءة في الكتب والحفظ منها والنسخ والسماع منها والرواية وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج إليه . المغنى (٥٥٤/٥) .

(٥) أي أن المصحف يجوز النظر فيه بغير إجارة فلا تجوز إجارته . قال في البدائع : « وعلى هذا يخرج إجارة المصحف أنه لا يجوز ، لأن منفعة المصحف النظر فيه والقراءة منه والنظر في مصحف الغير والقراءة منه مباح . والإجارة بيع المنفعة والمباح لا يكون محلا للبيع كالأعيان المباحة من الحطب والحشيش » . البدائع (١٧٥/٤) . هذا وقد وافق الأحناف في منع إجارة المصحف الحنابلة في وجه عندهم ، وفرقوا بين إجارة المصحف وإجارة سائر الكتب بأن في منع إجارة المصحف صيانة لكلام الله عن الابتذال ، قال في المغني : « وفي إجارة =

١٧٨٢٤ - احتجوا : بأنها منفعة مقصودة ، يجوز إعارتها فجاز إجارتها ، أصله : إجارة الحلي والثياب [١] .

١٧٨٢٥ - قلنا : يبطل بإجارة الفحل [٢] .

١٧٨٢٦ - قالوا : [هناك المقصود الماء دون المنفعة [٣] ، والماء تبع] [٤] ولهذا يجوز إعارة الفحل والأعيان لا تستحق بالعارية [٥] .

١٧٨٢٧ - ولأن الثياب تستوفى منفعتها بإيقاع الفعل فيها ، والدفاتر لا يوقع فيها فعلا ، وإنما هو بفعل النظر وذلك لا يستحق به أجرة .

* * *

= المصحف وجهان أحدهما : لا تصح إجارته مبنيا على أنه لا يصح بيعه وعلة ذلك إجلال كلام الله وكتابه عن المعاوضة به ، وابتذاله بالثمن في البيع والأجر في الإجارة والثاني : تجوز إجارته وهو مذهب الشافعي لأنه انتفاع مباح تجوز الإعارة من أجله فجازت فيه الإجارة كسائر الكتب وأما سائر الكتب الجائز بيعها فتجوز إجارتها . المغني (٥/٥٥٣) .

وبجواز إجارة المصحف قال ابن المنذر والمالكية أيضًا .

راجع الإشراف (١/٢٣٩) ، مواهب الجليل (٥/٤٢٣) .

(١) راجع نص النكت السابق في المسألة والمغني (٥/٥٥٤) .

(٢) أي أن الفحل تجوز إعارته ولا تجوز إجارته وسوف يأتي مزيد تفصيل لإجارة الفحل .

(٣) هذا ما علل به الجمهور لمنعهم إجارة الفحل بالإضافة إلى النهي الوارد في ذلك .

(٤) كذا العبارة بالنسخ ولعل صوابها « قالوا هناك المقصود الماء دون المنفعة » قلنا المقصود المنفعة والماء تبع ... » .

(٥) أي لو كان العقد في إجارة الفحل على الماء لما جازت إعارته .

إجارة الدراهم والدنانير

١٧٨٢٨ - قال أصحابنا : إذا استأجر دراهم ليعيِّر بها أو حنطة ليُعيِّرَ بها المكايل جازت الإجارة (١) .

١٧٨٢٩ - « ذكره (٢) في الأصل (٣) ، وذكره الطحاوي في الاختلاف (٤) .

١٧٨٣٠ - وقال أبو الحسن (٥) . في المختصر : لا يجوز إجارة الدراهم ولا الدنانير (٦) .

١٧٨٣١ - قال أبو بكر الرازي (٧) معناه إذا أطلق الإجارة (٨) .

(١) راجع البدائع (١٧٥/٤) ، المبسوط (٣١/١٦ ، ٣٢) وبه قال الحنابلة . راجع المغني (٥٤٦/٥) .

(٢) في (م) ، (ع) : [ذكر] .

(٣) راجع الأصل لمحمد بن الحسن ورقة ٥٠ وذكر أيضًا في الأصل عن أبي حنيفة أنه قال « لا تجوز إجارة الدراهم والدنانير » الأصل ورقة ٥١ .

(٤) قال في الاختلاف قال أصحابنا : لا تجوز إلا أن يقال أستأجره لأزن به ويؤقت . اختلاف الفقهاء ورقة ١١٦

(٥) أبو الحسن الكرخي سبقت ترجمته .

(٦) الدينار وزن إحدى وسبعين شعيرة ونصف تقريبًا . المصباح المنير (٢٠٠ - ٢٠١) .

(٧) أحمد بن علي الرازي الحنفي المعروف بالجصاص « أبو بكر » فقيه مجتهد ورد بغداد في شبابه وتوفي بها سنة ٣٧٠ هـ وله ٦٥ سنة من تصانيفه شرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن ، شرح مختصر الطحاوي ، أحكام القرآن وغيرها . راجع الفوائد البهية ص ٢٧ ، ٢٨ ، الأعلام (١٧١/١) وغيرهما .

(٨) اختلفت كتب المذهب الحنفي في جواز إجارة الدراهم والدنانير . وقد سبق أن في الأصل ذكر الجواز وعدم الجواز ، والظاهر أنه لا تعارض فعدم الجواز محمول على الإطلاق أي من غير أن يذكر نوع المنفعة المستأجر لها وهو ما احترز عنه المصنف هنا بقوله « لتعيّر بها الموازين أو حنطة لتعير بها المكاييل » والجواز محمول على ما إذا عين كما هو الحال في هذه المسألة . قال في المبسوط قال رحمه الله رجل استأجر من رجل ألف درهم بدرهم كل شهر يعمل بها فهو فاسد وكذلك الدنانير وكل موزون أو مكيل لأن الانتفاع بها لا يكون إلا باستهلاك عينها ولا يجوز أن يستحق بالإجارة استهلاك العين ولا أجر عليه لأن العقد لم ينعقد أصلا لانعدام محله فمحل الإجارة منفعة تنفصل عن العين بالاستيفاء وليس لهذه الأموال منفعة مقصودة تنفصل عن العين ، وبدون المحل لا ينعقد العقد وهو ضامن للمال ، لأن العقد لما صار لغوا بقي مجرد الإذن فكأنه أعاره إياه . وقد بينا أن العارية في المكيل والموزون قرض ، وإذا استأجر ألف درهم ليزن بها يوما إلى الليل بأجرة مسماة فهو جائز وكذلك لو استأجر حنطة مسماة يعير بها مكاييل له يوما إلى الليل فهو جائز . وذكر الكرخي رحمه الله في مختصره أنه لا يجوز . قيل ما رواه الكرخي رجحه محمول على ما إذا استأجرها ليعير بها مكيالا وما ذكره في الكتاب محمول على ما إذا استأجرها ليعيّر بها مكيالًا لا بعينه فيكون المعقود عليه معلومًا . وقيل بل =

١٧٨٣٢ - وقال أصحاب الشافعي فيها وجهان ، المذهب منهما أنه لا يجوز (١) .

١٧٨٣٣ - لنا : أنها منفعة معلومة يحل استيفاؤها من العين مع بقائها فجاز العقد عليها .

١٧٨٣٤ - أصله : سائر المنافع ولأنها أبيح الانتفاع بها (٢) فإذا استأجرها ليزن بها جاز كالحجر ولأنه من جنس الأثمان فجاز استجاره ليزن به [كقطع الذهب] (٣) .

= فيه روايتان ، وجه ما قال الكرخي رحمه الله أن هذا النوع من الانتفاع غير مقصود بهذه الأعيان ، وإذا كان لا يجوز استجارها للمنفعة التي هي مقصودة منها فلأن لا يجوز استجارها للمنفعة التي هي غير مقصودة منها أولى . وجه ظاهر الرواية أن ما سمى عملا بالمستأجر مع بقاء عينه فإن الوزن بالدراهم عمل مقصود كالورن بالحجر ، ولو استأجر حجرًا ليزن به يوما جاز فكذلك الدراهم » . المبسوط (٣١/١٦ ، ٣٢) .

(١) وافق المالكية الشافعية في ورود الوجهين في مذهبيهما ، وقد أورد الحنابلة كذلك هذين الوجهين في إجارتهما إذا أطلق العقد ولم يبين نوع المنفعة . قال في المهذب « واختلفوا في استجار الدراهم والدنانير ليجمّل بها الدكان واستجار الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال . فمنهم من قال : يجوز لأنه منفعة مباحة فجاز الاستجار لها كسائر المنافع ومنهم من قال : لا يجوز . وهو الصحيح لأن الدراهم والدنانير لا تراد للجمال ولا الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال ، فكان بذل العوض فيه من السفه وأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل . ولأنه لا يضمن منفعتها بالغصب فلم يضمن بالعقد . المهذب (١ / ٥١٧) . وفي بداية المجتهد « ومن هذا الباب اختلاف المذهب في إجارة الدراهم والدنانير ، وبالجملة كل ما لا يعرف بعينه ، فقال ابن القاسم : لا يصح إجارة هذا الجنس وهو قرض ، وكان أبو بكر الأبهري وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الأجرة فيه وإنما منع من منع إجارتها ، لأنه لم يتصور فيها منفعة إلا بإتلاف عينها ، ومن أجاز إجارتها تصور فيها منفعة ، مثل أن يتجمل بها أو يتكثر أو غير ذلك » بداية المجتهد (١٦٩/٢) . وفي المغني : « وإن أطلق الإجارة فقال أبو الخطاب تصح الإجارة وينتفع بها فيما شاء منها ، لأن منفعتها في الإجارة معينة في التحلي والوزن ، وهما متقاربان فوجب أن تحمل الإجارة عند الإطلاق عليها كاستجار الدار مطلقا ، فإنه يتناول السكنى ووضع المتاع فيها . وقال القاضي لا تصح الإجارة ويكون قرضا ... لأن الإجارة تقتضي الانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير ، وإنما هو بأعيانها فإذا أطلق الانتفاع حمل على الانتفاع المعتاد » ، ثم صحح ابن قدامة قول أبي الخطاب بصحة إرادتها عند الإطلاق . أما إذا بيِّن نوع المنفعة كما إذا كانت الدراهم للوزن والتحلي فقد سبق القول بأنهم مع الأحناف في القول بالجواز قولًا واحدًا . راجع المغني لابن قدامة (٥٤٥/٥ ، ٥٤٦) . ومن خلال العرض السابق يتبين لنا أن الأحناف والحنابلة يفرقون بين إطلاق العقد لنوع الانتفاع ، وبين بيان نوع الانتفاع ، فإن أطلق ففيه وجهان ، وإن بين نوع الانتفاع فهو جائز . والشافعية والمالكية يجعلون في إجارة الدراهم والدنانير وجهين من غير فرق بين بيان نوع الانتفاع وعدمه . غير أنهم عند تفسير الوجهين يحملون الجواز على المنفعة التي قال بها الحنابلة والأحناف ، وهي الوزن أو الكيل أو التحلي ، وعدم الجواز على التعامل بها وصرف عينها ، ومن ثم يمكن أن نقرر أن إجارة الدراهم والدنانير والحنطة للتعامل بها وصرف عينها لا يجوز عند الجميع وأن إجارتها للوزن والكيل يجوز عند الأحناف والحنابلة وفي وجه للمالكية والشافعية .

(٢) ساقطة من (ن) .

(٣) في (ن) ، (م) ، (ع) : « كإقطاع الذهب » ولعله قصد قطع الذهب التبر (غير المضروب) لأنها =

١٧٨٣٥ - احتجوا : بأنه لا يجوز إجارتها [مطلقة] [١] فلا يجوز إن عين كالفحل [٢] .

١٧٨٣٦ - قلنا : يبطل باستئجار رأس الحائط لو أطلق الإجارة لا يصح ولو عقد [للبناء] [٣] عليه جاز عندكم ، ولأن الإجارة المطلقة تتناول المنفعة المقصودة من العين والمقصود من منافع الدراهم إنفاقها فإذا أطلق العقد على ذلك يبطل ، وإذا قيد [٤] فقد صرف العقد إلى [٥] منفعة يباح استيفاؤها من غير استهلاك فجاز العقد .

* * *

= تكون بمنزلة الحجر المؤجر للوزن به .

(١) في (م) ، (ع) : [مطلقا] والمراد إجارتها من غير تعيين نوع المنفعة .

(٢) في (م) ، (ع) : [الفحل] ويأتي حكم إجارة الفحل . راجع فتح العزيز (٢/٢٢٥) .

(٣) غير مقروءة بجميع النسخ . وإنما لم يجز الإجارة المطلقة في الحائط لأن من شرط صحة الإجارة تعيين المنفعة قال في مغني المحتاج « ولو صلحت الأرض لبناء وزراعة وغرس اشترط تعيين المنفعة » مغني المحتاج (٢/٣٤١) .

(٤) في (ن) : [قبل] وهو خطأ .

(٥) ساقطة من (ن) .

استئجار الحائط لوضع خشبه عليه او الشجر لنشر الثياب

١٧٨٣٧ - قال أصحابنا : إذا استأجر حائطا ليضع [عليه] [١] خشبا أو يبني « عليه » [٢] سترة لم يجز [٣] .

١٧٨٣٨ - وقال الشافعي : يجوز ذلك [٤] .

١٧٨٣٩ - قالوا : لو استأجر نخلة ليبسط على أغصانها [الثياب] [٥] أو يسند إليها دابة جاز [٦] .

١٧٨٤٠ - لنا : أنها منفعة لا تصلح للسكنى فلا تجوز إجارتها . أصله : إذا استأجر كوة ليدخل عليه الضوء منها ، ولا بقعة [٧] ؛ لا يجوز أن يكريها شهرًا مطلقًا فلم يجز أن يكريها وإن عين الشهر ﷺ .

١٧٨٤١ - أصله : إذا كان رأس الحائط لا يمكن الانتفاع به .

١٧٨٤٢ - ولأنه استأجر حائطًا للبناء عليه فصار كما لو لم يسم جنس البناء « ولا صفته » [٨] .

(١ ، ٢) في (م) ، (ع) : [عليها] .

(٣) راجع المبسوط (٤٣/١٦) ، البدائع (١٨١/٤) .

(٤) وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضًا . راجع نهاية المحتاج (٢٨٤/٥) ، مواهب الجليل (٤٢٣/٥) ، المغني (٥٤٨/٥) ، الروض المربع ص٢١٥ ، شرح منتهى الإرادات (٥٣٧/٢) .

(٥) في (م) ، (ع) : [الباب] .

(٦) راجع فتح العزيز (٢٢١/١٢ ، ٢٢٧) ، المهذب (٥١٧/١) ، والمغني (٥٤٧/٥) وهو غير جائز عند الأحناف راجع البدائع (١٩٢/٤) .

(٧) أي بقعة لا تصلح للسكنى قال في البدائع : « و لو استأجر من الحائط موضع كوة ليدخل عليه الضوء أو موضعا من الحائط ليدق فيه وتدًا لم يجز » البدائع (١٨١/٤) . وما ذكره المصنف هنا غير مسلم من قبل الشافعية يبين ذلك من نص الشيرازي الآتي قال : « يجوز استئجار الحائط لوضع الجذوع وقال أبو حنيفة لا يجوز ، لنا أنه منفعة يجوز بذلها من غير عوض فجاز بعوض . أصله استئجار البهيمة للحمل ، قالوا بقعة لا تصلح للسكنى فأشبه إذا استأجر كوة يدخل منها الضوء . قلنا إلا أنه يصلح لمنفعة مقصودة كالسكنى والأصل يحتمل فلا يسلم . راجع النكت ورقة ١٦٩ .

(٨) في (م) ، (ع) : [منفعة] .

الاستئجار لحمل الخمر لغير الإراقة

١٧٨٤٣ - قال أصحابنا : إذا استأجر رجلا لينقل له خمرًا صحت الإجارة [١] .

١٧٨٤٤ - قال الشافعي لا يجوز [٢] .

١٧٨٤٥ - لنا : أنه استئجار لحمل ما قد يباح حمله فوجب أن يصح . أصله إذا استأجره ليحمل له ظهر ميتة .

١٧٨٤٦ - والدليل على الوصف : أن نقلها للإراقة جائز باتفاق [٣] ، ولأنه نوع [٤] شراب ، فجازت الإجارة على حمله كسائر الأشربة .

١٧٨٤٧ - ولأنه شراب يجوز أن يستأجر لحمله للإراقة فجاز مطلقًا كسائر الأشربه [٥] .

١٧٨٤٨ - ولأن العقد لا يختص بحمل الخمر ؛ لأنه لو أمر بحمل خل مثله جاز ،

---

(١) هذا هو رأي الإمام أبيب حنيفة ومذهب الصاحبيين مع الشافعي في عدم الجواز . قال في المبسوط « ولو أن ذميا استأجر مسلما يحمل له خمرًا فهو على هذا عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز العقد لأن الخمر يحمل للشرب ، وهو معصية والاستئجار على المعصية لا يجوز . والأصل فيه قوله ﷺ : لَعَنَ اللّٰهُ الخَمْرِ عَشْرًا وَذَكَرَ فِي الجُملة حَاملهَا والمحمولة إليه . وأبو حنيفة رحمه الله يقول : يجوز الاستئجار . وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه لا يتعين عليه حمل الخمر ، فلو كلفه بأن يحمل عليه مثل ذلك يستوجب الأجر ولأن حمل الخمر قد يكون للإراقة وللصب في الخل ليتخلل فهو نظير ما لو استأجره ليحمل ميتة وذلك صحيح . المبسوط (٣٨/١٦) . وراجع أيضًا البدائع (١٩٠/٤) .

(٢) وافق الشافعي في هذا الصاحبان من الأحناف والمالكية والحنابلة . راجع المبسوط والبدائع في الموضعين السابقين ، مغني المحتاج (٣٣٧/١٢) ، نهاية المحتاج (٢٧٤/٥) ، مواهب الجليل (٤٠٩/٥) ، المغني (٥٥١/٥) .

(٣) راجع نص المبسوط السابق وفي فتح العزيز « يجوز الاستئجار لنقل الميتة عن الدار إلى المزبلة والخمر لتُراق » . فتح العزيز (٣٢٧/١٢) . وفي مغني المحتاج : « وأما الاستئجار على حمل الخمر للإراقة فجائز ، كنقل الميتة إلى المزبلة ، وكما يحرم أخذ الأجرة على المحرم يحرم ، اعطاؤها إلا لضروة ، كفك الأسير وإعطاء الشاعر لئلا يهجوه الظالم ليدفع ظلمه ، والحاكم ليحكم بالحق فلا يحرم عليه . انظر : مغني المحتاج (٣٣٧/٢) .

(٤) ساقطة من (م) .

(٥) لم يسلم الشيرازي بهذا فقال : « لا يجوز الاستئجار على نقل الخمر ، وقال أبو حنيفة : يجوز ، لنا أن نقلها محرم لقوله ﷺ : « لَعَنَ اللّٰهُ الخَمْرَ وعَاصِرَها وَمُعْتَصِرَهَا وَحَامِلَهَا وَالْمَحْمُولة لَهُ » فأشبه سائر المعاصي ، قالوا نقل الخمر فأشبه النقل للإراقة قلنا : هناك مباح وهذا معصية راجع النكت ورقة ١٦٩ .

فإذا لم يتعين ذلك صار كأنه استأجره على نقل أرطال مطلقة (١) .

١٧٨٤٩ - ولا (٢) يقال إذا استأجر دارًا ليصلي فيها لم يتعين (٣) الصلاة ، ولا يجوز عندكم (٤) ، لأنها تتعين عندنا ألا ترى أن نوع المنفعة المسماة لا يستحق أكثر منه ، والسكنى أكثر من الصلاة فتتعين الصلاة (٥) وما تعين [هنا معنى من (٦) العمل] وذلك مجهول فيتعلق العقد ، وإنما لا تصلح الإجارة له أو بنوعه وهو غير (٧) معروف .

١٧٨٥٠ - احتجوا : بأن تخليل الخمر (٨) لا يجوز ، فصار النقل معصية والإجارة

---

(١) قول المصنف هنا بأن العقد في نقل الخمر لا يتعين في نقل الخمر بل للمستأجر أن يأمره بنقل مثله خلًا أو زيتًا مما هو مباح يستقيم لو كان العقد وقع على حمل أرطال معدودة من غير بيان نوع المحمول ورضى المستأجر بذلك فلمن أجره حينئذ أن يكلفه بحمل المقدار المشروط من أي نوع شاء مما هو مباح أيضًا . أما إذا وقع العقد على شيء معين ورضى به المستأجر فلا يجوز لمن استأجره أن يكلفه بنقل غيره حتى ولو كان مباحًا مثله فقد يرضى الإنسان بحمل الماء أو الخل ولا يرتضي حمل الزيت أو القار وغيره لما يلحقه من توسخ الثياب ونحوه مع أن الحمل لهذه الأنواع جائز من غير خلاف ، ولو صح ما قال المصنف لوجب أن يكون حكم العقد عندهم الفساد وليس الصحة فيكون الاستجار على نقل الخمر فاسدًا ويصحح باستبدال المحمول خلًا أو زيتا بناء على قاعدتهم في الفاسد والباطل ، ولكنهم لا يقولون بذلك بل يقولون بأن العقد حكمه الصحة ابتداءً . ولو سلم ما قال أيضًا لكان ينبغي لمن استأجر رجلًا ليحمل له زيتًا أو خلًا أن يأمره بحمل مثله خمرًا ولا يخفى الفرق بين حمل الخل وحمل الخمر فقد تنفر نفس المسلم من حمل الخمر خلافًا للخل والزيت ، ثم هذا جائز وذلك حرام .

(٢) في (ن) : [فلا] . (٣) في (ن) : [تجز] .

(٤) أي لا يعترض علينا في قولنا بأن العقد في نقل الخمر لا يتعين بأن العقد في إجارة الدار للصلاة تتعين عند الأحناف . وهو ما قصده ابن قدامه بقوله « يبطل باستجار أرض ليتخذها مسجدًا » . المغني (٥/٥٥١) .

(٥) هذا جواب المصنف على الفرق بين العقد على حمل الخمر والدار للصلاة فيها لأن الحمل لا يستحق أكثر منه خلافا لعدم تعين الصلاة فيلزم منه استحقاق السكنى ، وهي زيادة منفعة لم يقع العقد عليها .

(٦) من (ن) وفي غيرها غير مقروءة . (٧) ساقطة من (ن) .

(٨) تخليل الخمر هو تحويلها إلى خل وقد اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك قال الإمام الشوكاني بعد أن ذكر عدة أحاديث في منع تخليلها منها ما روى عن أنس أن النبي ﷺ : « سُئِلَ عَنِ الْخَمْرِ يُتَّخَذُ خَلًّا فَقَالَ : لا وعن أنس أيضًا أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أيتام وَرِثُوا خَمْرًا قَالَ أَهْرِقْهَا قَالَ أَفَلَا نَجْعَلُهَا خَلًّا ؟ قَالَ : لَا » قال الإمام الشوكاني قوله « قال لاَ » فيه دليل للجمهور على أن لا يجوز تخليل الخمر ولا تطهر بالتخليل هذا إذا خللها بوضع شيء فيها أما إذا كان التخليل بالنقل من الشمس إلى الظل ونحو ذلك فأصح وجه عند الشافعية أنها تحل وتطهر . وقال الأوزاعي وأبو حنيفة : تطهر إذا خللت بإلقاء شيء فيها ، وعن مالك ثلاث روايات أصحها أن التخليل حرام ، فلو خللها عصى وطهرت . راجع نيل الأوطار (٨/١٨٧) ، المبسوط (٢٤/٢٢) ، رؤس المسائل ٣٠٨ ، طريقة الخلاف للأسمندي ص٤٣٩ .

على المعاصي لا تجوز (١) .

١٧٨٥١ - قلنا : تخليل الخمر عندنا مباح ، ونقلها كذلك مباح ، ولا نسلم الوصف .

١٧٨٥٢ - ولأن نقلها وإمساكها حتى تتخلل بنفسها غير محظور ، والنقل [يجوز أن يكون (٢) لذلك] (٣) .

١٧٨٥٣ - قالوا : روى عن النبي ﷺ أنه [لَعَنَ الخَمْرَ وَحَامِلَهَا] (٤) .

١٧٨٥٤ - قلنا : المراد به الحمل المحظور باتفاق ، وذلك لا يكون إلا في نقلها للشرب خاصة .

* * *

(١) استدل به الصاحبان من الأحناف أيضًا راجع المبسوط (٣٨/١٦) ، وقال ابن قدامة « استئجار لفعل محرم فلم يصح ، كالزنا » (٥٥١/٥) .

(٢) ساقطة من (ن) . (٣) في (م) ، (ع) : [كذلك] .

(٤) عن عبد الله بن مسعود قَالَ : « لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الخَمْرَ وَشَارِبَهَا وَسَاقِيَهَا وَعَاصِرَها ومُعْتَصِرَهَا وحَامِلَهَا والمحْمُولَةَ إِلَيْهِ وَبَائِعها وَمبتاعَهَا وَآكل ثمنهَا » . أخرجه البيهقي في السنن كتاب الأشربه والحد فيها (٢٨٧/٨) ، وأبو داود من حديث ابن عمر كتاب الأشربة باب ما جاء في تخليل الخمر (٨٢/٤) ومن طريق ابن عمر أخرجه أيضًا الحاكم في المستدرك (٣٢/٢) ، أخرجه أحمد من حديث ابن عباس عن رسول الله ﷺ . راجع المسند (٢١٦/٢) ، (٩٧/٣) من طريق ابن عمر . قال الهيثمي : « من طريق عبد الله بن مسعود فيه عيسى الخياط وهو ضعيف ، ومن طريق عبد الله بن عمر فيه ليث بن أبي سليم وهو ثقة ولكنه مدلس » راجع مجمع الزوائد (٨٩/٤ ، - ٩٠) .

مسألة ٨٩١

استئجار الدار للصلاة

١٧٨٥٥ - قال أصحابنا : إذا استأجر دارًا ليتخذها مسجدًا أو يصلي فيها الغرض لم يجز [١] .

١٧٨٥٦ - وقال الشافعي : / يجوز [٢] . ٢٠٢/أ

١٧٨٥٧ - لنا : أنه عمل [٣] لا يستحق بالإجارة ، فلا يجوز إجارة الدار له . أصله إذا [استأجرها لينظر إليها ، ولأن كل فعل لو [٤]] استأجر له الدار مدة مطلقة لم يجز فإذا عينها لم يجز .

١٧٨٥٨ - أصله : إذا [استأجرها] [٥] لنوع المعاصي ، وأما إذا قال لأتخذها مسجدا فالمسجد يقتضي زوال الملك عن الرقبة والإجارة لا يستحق بها أصلًا كالأعيان .

١٧٨٥٩ - احتجوا : بأنه استأجر عينًا لإيقاع فعل فيها يجوز استباحته بالإذن فأشبه الاستئجار للسكنى [٦] .

١٧٨٦٠ - قلنا : يبطل إذا استأجر دابة [لينزي] [٧] عليها فحلًا ، وإذا استأجر حيوانا ليذبحه فيتعلم الذبح .

١٧٨٦١ - والمعنى في السكنى أنها تجوز [لمنفعة [٨] وذلك يجوز أن [٩]] يستحق

---

(١) حاشية ابن عابدين (٣٤/٦) ، المبسوط (٣٨/١٦ ، ٣٩) وهو قول جمهور المالكية راجع مواهب الجليل (٤١٩/٥) .

(٢) وبه قال بعض المالكية وهو مذهب الحنابلة . راجع مغني المحتاج (٣٤٤/٢) ، فتح العزيز (٣٥٦/١٢) ، مواهب الجليل (٤١٩/٥) ، المغني (٥٤٨/٥) .

(٣) أي الصلاة المفروضة . وقد اتفقت كلمة الفقهاء على عدم جواز الاستئجار لأدائها عن صاحبها ، لأن الغرض منها الابتلاء والاختيار فلا يتحقق بأداء الغير .

(٤) ساقط من (م) ، (ع) .

(٥) في (ن) : [استأجره] .

(٦) قال الشيرازي « يجوز استئجار دار ليتخذها مسجدًا أو يصلى فيها ، وقال أبو حنيفة لا يجوز . لنا أنها منفعة تجوز إعارة الدار لها فجاز إجارة الدار لها كالسكنى . قالوا : عمل لا يستحق بعقد الإجارة فلا يجوز استئجار الدار له كالزنا . قلنا لبس الثوب لا يستحق على الأجير بعقد الإجارة ، ثم يجوز استئجار الثوب للبس . راجع النكت ورقة ١٦٨ ، وانظر المغني لابن قدامة (٥٤٨/٥) .

(٧) نَزَا نَزْوًا وَنُزُوّاً بالضم ونَزَوانًا وثب . القاموس المحيط باب الباء فصل النون (٣٩٧/٤) .

(٨) في (ص) ، (ن) : [في البقعة] .

(٩) من (ص) ساقطة من غيرها .

بعقد الإجارة إذا استأجره ليحفظ داره فجازت الإجارة له [١] والصلاة [٢] لا تستحق على الإنسان بالإجارة فلا يجوز الاستئجار لها .

١٧٨٦٢ - قالوا : إذا استأجر قميصًا ليلبسه [٣] جاز ولبس القميص لا يستحق على الإنسان بعقد الإجارة [٤] .

١٧٨٦٣ - قلنا : يجوز أن [يستحق] [٥] إذا استأجر ثوبًا يلبسه ، أو الثياب [٦] [ليحفظها [٧]] عليه أو ليعرف مقاديرها .

١٧٨٦٤ - قالوا : منفعة يجوز إعارة العين [٨] لها فجاز إجارتها كالسكنى .

١٧٨٦٥ - قلنا : يبطل بضراب الفحل [٩] .

١٧٨٦٦ - قالوا : المقصود الماء دون الضراب [١٠] .

١٧٨٦٧ - قلنا : الإجارة تقع على منافع ، وإن كان فيها عين مقصودة كالإجارة على الرضاع والصبغ .

١٧٨٦٨ - قالوا : إذا استأجر دارًا للسكنى استحق الصلاة فيها فجاز إفراد ذلك بالإجارة .

١٧٨٦٩ - أصله : وضع متاعه فيها .

---

(١) من (ن) وساقطة من غيرها . (٢) في (ن) : [فالصلاة] .

(٣) في (م) ، (ع) : [يلبسه] .

(٤) راجع نص النكت السابق في المسألة . وقال ابن المنذر « إذا استأجر الرجل الثوب ليلبسه يومًا إلى الليل بأجرة معلومة فهو جائز ، وكذلك كل ثوب يلبس وكل بساط يبسط أو وسادة يتكأ عليها ، ولا أعلم في هذا اختلافًا » . راجع الإشراف (٢٣٨/١) ، تبيين الحقائق (٣٣٤/٧) .

(٥) في (م) ، (ع) : [يستحقه] . (٦) ساقطة من (ن) .

(٧) في (ص) : [ليحققها] . (٨) ساقطة من (ن) .

(٩) اختلفت كلمة الفقهاء في إجارة الفحل للضراب فمنعه الجمهور وأجازه مالك إذا كانت الأكوام معلومة ولا يجوز لضرابها حتى تحمل ، وللشافعية فيها وجهان ، والخلاف في أخذ الأجرة لا في الضراب ، لأن به النسل . راجع المبسوط (٨٣/١٥) ، (٢١/١٦) ، البدائع (١٧٥/٤) ، المهذب (٥١٧/١) ، بداية المجتهد (٢/ ١٦٩) ، المغني (٥٤٩/٥) وقد رجح ابن المنذر رأي الجمهور فمنع الأجرة عليه . راجع الإشراف (٢٤٨/١) .

(١٠) في (ن) ، (م) ، (ع) : [المنفرد] وهو خطأ . ضرب الفحل ضرابًا نكح . راجع القاموس المحيط باب الباء فصل الضاد (٩٩/١) .

١٧٨٧٠ - قلنا : ليس كل مستَحَقٍّ بالعقد جاز أن ينفرد به كبيع الشّرب والطريق ولأنه إذا استأجر للسكنى [فقد [١]] استحق نوعًا من المنفعة الصلاة في الدار دونه ، فجاز أن يستوفي ذلك المنفعة [و [٢]] أما إذا [استأجر] [٣] للصلاة فلابد من تعين ذلك الفعل ، لأنه لا يجوز أن يستوفي لسكنى وهي أكثر من فعل الصلاة ، وإذا تعينت الصلاة لم يجز أن يتناولها العقد كما لا يجوز استئجار الدار للصوم فيها .

* * *

(١ ، ٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٣) في (ن) : [استأجره] .

مسألة ٨٩٢

إجارة الدار لمن يتخذها كنيسة أو صومعة

١٧٨٧١ - قال أصحابنا : إذا استأجر الذمي بيتًا في السواد [١] ليتخذه صومعة أو كنيسة جاز [٢] .

١٧٨٧٢ - وقال الشافعي : لا يجوز [٣] .

١٧٨٧٣ - والمسألة موضوعة على أنه إذا استأجرها شهرا للسكنى وليصلى الجماعة فيه فتكون الإجارة جائزة ، لأن الصلاة لا تتعين وكان [٤] أبو بكر الرازى يقول [٥] المسألة محمولة على أنه لم يشترط [٦] ذلك لكن علم من حاله أنه يفعل ذلك ، وإنما جاز لأن السواد في ذلك الوقت كان لأهل الذمة فلا [يمنعوا] [٧] من اتخاذ الكنائس في أملاكهم فكيف إذا استأجروه ، ولأنه معنى أقروا عليه بعقد الإجارة فجاز استئجار الدار له .

١٧٨٧٤ - أصله : إذا اكتروها لذبائحهم .

١٧٨٧٥ - احتجوا : بأنه إجارة لمعصية كسائر المعاصي [٨] .

١٧٨٧٦ - قلنا : الإجارة [٩] إن وقعت للصلاة لم تجز عندنا ، وإنما يستأجره ويعلم من حاله أنه يريده لذلك ، فلا تكون الإجارة للمعصية وعلى قول بعض [١٠] أصحابنا إذا استأجرها للسكنى والصلاة فلا تتعين الإجارة للصلاة فكيف يقال إن العقد على معصية .

---

(١) سواد البلدة قراها . راجع القاموس المحيط باب الدال فصل السين (٣١٥/١) .

(٢) راجع المبسوط (١٣٤/١٥) ، (٣٩/١٦) ، البدائع (١٧٦/٤) ، حاشية ابن عابدين (٣٤/٦) .

(٣) وبه قال المالكية والحنابلة أيضًا . راجع النكت ورقة ١٦٩ ، ومواهب الجليل (٤٢٤/٥) ، المغني (٥٥٢/٥) ، شرح منتهى الإرادات (٣٥٨/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [وقال] .

(٥) ساقطة من (ع) .

(٦) في (ع) : [يشترط] .

(٧) في (ع) : [يمنع] .

(٨) قال الشيرازي : « إذا أجر بيتا ممن يتخذ بيت نار أو بيع الخمر لم تصح الإجارة . وقال أبو حنيفة : تصح ، قال الرازى المسألة إذا لم يشترط ذلك وإنما علم من حاله أنه يفعل ذلك وقال غيره المسألة إذا استأجر للسكنى والعبادة ، والدليل على فساد ظاهر الرواية أنه فعل لمعصية فلا تصح الإجارة له كسائر المعاصى . قالوا : بالعقد لا يستحق فعل المعصية فصار ذكرها كلا ذكر . قلنا يبطل به إذا استأجر دارًا للصلاة فإنه لا يستحق عليه أن يصلى فيها ثم يبطل عندهم » . راجع النكت ورقة ١٦٩ .

(٩) زيادة : « و » بعد لفظ الإجارة بجميع النسخ ، ولا معنى لها .

(١٠) ساقطة من (م) ، (ع) .

إجارة السمسار

١٧٨٧٧ - قال أصحابنا : إذا استأجر رجلًا ليبيع له ثوبًا لم يجز [١] .

١٧٨٧٨ - وقال الشافعي يجوز [٢] .

١٧٨٧٩ - لنا : أن العقد يتناول منفعة عين لا يمكنه إيفاؤها بنفسه ، فوجب أن لا يصح العقد [٣] .

١٧٨٨٠ - أصله : إذا استأجر فحلا للضراب .

١٧٨٨١ - [ولا يلزم] [٤] إذا استأجره ليحمل [له] [٥] خشبة لا يقدر الواحد على حملها ؛ لأن العقد لم يتناول منفعة المستأجر ولو قال على أن تحملها بنفسك بطل العقد ، وإنما يقع العقد على عمل مطلق [٦] .

١٧٨٨٢ - وفي مسألتنا وقع على عمله ؛ لأنه لا يجوز أن يوكل غيره بالشراء ، وهو لا يقدر على إيفاء المعقود عليه بنفسه .

١٧٨٨٣ - فإن قيل : إجارة الفحل تجوز عند ابن أبي هريرة [٧] .

١٧٨٨٤ - قلنا : الإجماع يسقط قوله [٨] . وَقَدْ دَلَّ عَلَيْهِ نَهْيُهُ ﷺ عَنْ

(١) راجع المبسوط (١٥/١١٥) ، البدائع (٤/١٨٤) .

(٢) وبه قال المالكية أيضًا . راجع مغني المحتاج (٢/٣٣٥) ، والنكت ورقة ١٦٨ ، والإشراف لابن المنذر (١/٢٤٠) ، مواهب الجليل (٥/٤٠٦) .

(٣) وإنما لا يمكن السمسار هنا إيفاء المنفعة بنفسه ؛ لأن البيع لا يتم إلا بفعل المشتري وقبوله . قال في المبسوط « وإذا دفع الرجل إلى سمسار ألف درهم وقال اشتر بها زطيا لي بأجر عشرة دراهم فهذا فاسد ؛ لأنه استأجره لعمل مجهول فالشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشر كلمات ثم استأجره على عمل لا يقدر على إقامته بنفسه فإن الشراء لا يتم ما لم يساعده البائع على البيع » . راجع المبسوط (١٥/١١٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يلزمه] .

(٥) في (م) ، (ع) : [عليه] .

(٦) وهو حمل الخشبة وإنما كان العقد غير واقع على منفعة المستأجر نفسه ؛ لأنه لا يستطيع حملها ، ولذا فهو يستعين على حملها بغيره .

(٧) علي بن أبي هريرة وقد سبقت ترجمته . وقد سبق القول بأن للشافعية في إجارة الفحل وجهين . راجع المهذب (١/٥١٧) .

(٨) منع إجارة الفحل هو رأى جمهور الفقهاء كما سبق ، إلا أنه لا يصل إلى درجة الإجماع لأنه روى =

عَسْبِ [١] الْفَحْلِ [٢] ، ومعلوم أن النهى لم يتناول الفعل [٣] وإنما يتناول العقد عليه ، ولأنه استئجار على عقد فكان فاسدًا .

١٧٨٨٥ - أصله : إذا استأجره [٤] لبيع زيت نجس [٥] .

١٧٨٨٦ - ولأنه قول [٦] يقتصر إلى قول غيره فلم يصح الاستئجار عليه . أصله : إذا استأجر رجلًا ليشهد له بحق [٧] أو استأجر من يبتاع له صيدًا من الهواء .

= الترخيص فيه أيضًا عن الحسن وابن سيرين ومالك إن كانت الأكوام معلومة ، وعن عطاء إن لم يجد الرجل من يطرق له بغير أجر . وبهذا يكون الخلاف مستقرًا وباستقرار الخلاف لا يحصل الإجماع على قول من الأقوال المختلف فيها لأن الإجماع هو اتفاق أهل الحل والعقد جميعًا . راجع الإشراف لابن المنذر (٢٤٧/١) .

(١) عسب الفحل المنهى عنه هو كراء ضرابه وقيل العسب الضراب وقيل : العسب ماء الفحل فرسًا كان أو بعيرًا . راجع القاموس المحيط باب الباء فصل العين (١٠٨/١) ، تهذيب المطالع لترغيب المطالع لابن الخطيب الدهشة (عسب) ص١٥٣ تحقيق ناصر محمد أبو زيد .

(٢) الحديث صحيح أخرجه الجماعة ، وهو يروى من طرق عدة ، فمن حديث ابن عمر أخرجه البخاري كتاب الإجارة باب عسب الفحل (١٢٣/٣) ، مسلم المساقاة باب تحريم بيع فضل الماء (١١٩٧/٣) ، الترمذى باب ما جاء في كراهية عسب الفحل (٥٧٢/٢) رقم ١٢٧٣ والنسائي باب بيع ضراب الجمل (٣١٠/٧) أبو داود كتاب البيوع باب عسب الفحل (٧١١/٣ ، ٧١٢) حديث رقم ٣٤٢٩ ، والبيهقي باب النهي عن عسب الفحل (٣٣٩/٥) ومن حديث أبي هريرة أخرجه الدارمي باب النهي عن عسب الفحل (٢٧٣/٢) وابن ماجه ضمن حديث طويل السنن باب النهي عن ثمن الكلب ومهر البَغِيّ ... الخ (٧٣١/٢) رقم ٢٠٦٠ ، وأحمد في المسند (١٤/٢) ومن حديث أبي سعيد الخدرى أخرجه الدارقطني (٤٧/٣) رقم ١٩٥ ، وانظره في ابن أبي شيبة (١٤٥/٨) رقم ٢٦٨٢ ، تلخيص الحبير (٦٠/٣) .

(٣) أي الضراب .

(٤) في (م) ، (ع) : [استأجر] .

(٥) أرى أن هناك فارقا بين الإجارة لبيع ثوب والإجارة على بيع زيت نجس العلة في منع الإجارة على بيع الزيت النجس هو عدم جواز بيع الزيت النجس نفسه فامتنعت الإجارة عليه فهو كالإجارة على بيع الخمر ، وهو يحمل عليه الإجارة على بيع الثوب من جهة أن المنفعة ذاتها غير مشروعة ؛ فالاشتراك بين البيع والإجارة في أن محل العقد غير مشروع ، فيما يراه أصحاب هذا الرأي .

(٦) أي الإيجاب الذي يحدث من البائع وهو ما وقعت عليه الإجارة يحتاج إلى قبول المشترى .

(٧) إذا تعينت الشهادة على الشخص فإنه لا يجوز له شرعًا طلب الأجرة عليها ؛ لأنها حينئذ فرض عين عليه ولا يصح أخذ أجرة في مقابل أداء الواجب العيني كالصلاة فإذا لم يتعين الشهادة على الشخص بأن كانت على الكفاية فهنالك خلاف في أخذ الأجرة على وجهين . أحدهما : يجوز لأنها غير متعينة عليه ؛ لأن كل من لم يتعين على الإنسان إذا طلب منه فعله جاز له أن يأخذ في مقابلته أجرًا كما يجوز ذلك بلا خلاف للكاتب الذي يكتب وثيقة بحق ، والشهادة عند عدم تعينها كالوثيقة التي يبين بها الحق . والثاني : لا يجوز أخذ الأجرة على الشهادة مطلقًا لأن الأجرة تلحق بالشاهد ، والشرط في صحة الشهادة العدالة ، والبعد عن =

١٧٨٨٧ - احتجوا : بأنها منفعة يجوز العقد عليها [إذا] (١) كانت مقدرة بزمان فجاز العقد عليها إذا كانت معلومة مقدورًا على تسليمها (٢) .

١٧٨٨٨ - قلنا : يبطل إذا استأجره ليصيد له ظبيًا أو طائرًا .

١٧٨٨٩ - فإن قالوا : ذلك لا يقدر على تسليمه (٣) .

١٧٨٩٠ - قلنا : قد يتمكن من تسليمه ، وقد يتعذر ، كما أنه إذا استأجره ليبتاع له ثوبًا بعينه فقد يقدر على ذلك وقد يتعذر عليه أن يمتنع بائعه من بيعه ، ولأنه قد تجوز الإجارة إذا تقدرت بزمان ، ولو (٤) لم يقدرها لم تجز الإجارة .

١٧٨٩١ - فإن قيل : إذا أطلق المنفعة لم تكن معلومة .

١٧٨٩٢ - قلنا : لا فرق بين مسألتنا وبين هذا ، لأنه إذا استأجر دارا ليبيع فيها هذه (٥) الثياب لم يجز ؛ لأن المنفعة لا تنحصر بزمان معلوم كما أن المستأجر على أن [يبيع] (٦) هذه الثياب لا تنحصر منفعته بزمان معلوم ، ولكنه يتعلق بالفراغ من العقد ، وفي استئجار الدار لبيع الثياب فيها مثل ذلك .

* * *

= التهمة ، راجع نظرية الدعوى والإثبات للدكتور نصر فريد واصل ص٥١ الناشر دار النهضة العربية .

(١) بجميع النسخ « فإذا » والصواب ما أثبته . قال في المبسوط « وإن استأجره يومًا إلى الليل بأجر معلوم ليبيع له أو ليشترى له فهذا جائز ؛ لأن العقد يتناول منافعه هنا وهو معلوم ببيان المدة والأجير قادر على إيفاء المعقود عليه ، ألا ترى أنه لو سلم نفسه في جميع اليوم استوجب الأجر وإن لم يتفق له بيع أو شراء بخلاف الأول فالمعقود عليه هناك البيع والشراء حتى لا يجب الأجر بتسليم النفس إذا لم يعمل به » . المبسوط (١١٥/١٥) .

(٢) انظر نص الشيرازي الآتي في المسألة .

(٣) قال الشيرازي : « يجوز الاستئجار لبيع ثوب وشراء ثوب . وقال أبو حنيفة لا يجوز . لنا أنها منفعة يجوز عقد الإجارة عليها إذا قدرت بزمان فجاز عقد الإجارة عليها إذا كانت معلومة مقدورًا على تسليمها كالخياطة والبناء ، ولا يلزم منفعة العقار ؛ لأنها لا تكون معلومة إلا بالزمان قالوا العقد تناول منفعته بعينه وهو لا يقدر على تسليم ذلك لأنه يفتقر إلى غيره فصار كاستئجار الفحل للضراب والاستئجار على حمل خشبة ثقيلة بنفسه وحيد طائر بعينه قلنا لا نسلم بل يقدر من طريق العادة ويجد من يساعده على البيع والشراء فصار كما لو استؤجر على نقل حجر البزازين فإنه يصح ؛ لأنه يحضر من يساعده على نقله بخلاف الطائر والخشبة الثقيلة فإنه لا يقدر عليه بنفسه وأما استئجار الفحل فإنه يجوز في قول أبي علي ابن أبي هريرة . وإن سلّم فلأن القصد من ذلك عين المني وذلك لا قيمة له » النكت ورقة ١٦٨ .

(٤ ، ٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) في (ن) ، (م) ، (ع) : [يمتنع] وهو خطأ ، ولفظ « من » مثبت بجميع النسخ بعد « يبيع » ، وهي زائدة .

الإجارة على تعليم القرآن

١٧٨٩٣ - قال أصحابنا : لا يجوز الاستئجار على تعليم القرآن ولا تعليم شيء من الأشياء ولا على الإمامة (١) .

١٧٨٩٤ - وقال الشافعي تجوز الإجارة (٢) .

١٧٨٩٥ - لنا حديث عبد الرحمن بن شبل (٣) الأنصاري . أن النبي ﷺ قال : « اقْرَءُوا الْقُرْآنَ وَلاَ تَغْلُوا فِيهِ (٤) وَ لاَ تَأْكُلُوا بِهِ وَ لاَ تَسْتَكْثِرُوا (٥) بِهِ » وروى أنهُ نَهَى « أَنْ يَسْتَأْكِلَ الرَّجلُ بالقرآن » (٦) .

(١) مذهب الحنابلة يوافق الأحناف في هذه المسألة . راجع البدائع (١٩١/٤) ، تكملة فتح القدير (٢٤٠/٨) ، المبسوط (٣٧/١٦) ، المغني (٥٥٥/٥) .

(٢) وهو مذهب المالكية أيضًا . راجع فتح العزيز (٢٨٥/١٢ ، ٢٢٨) ، المهذب (٥٢٢/١) ، والنكت ورقة ١٦٨ وبداية المجتهد (١٦٨/٢) وانظر المسألة في الإشراف (٢١٧/١ ، ٢١٨) .

(٣) في جميع النسخ « يسار » وهو خطأ وما أثبتناه من كتب الحديث المذكورة بعد ، وليس لعبد الرحمن بن يسار رواية لهذا الحديث . وعبد الرحمن بن شبل هو عبد الرحمن بن شبل بكسر الشين وسكون الموحدة بن عمرو بن زيد الأنصاري أحد النقباء المدني نزيل حمص روي عن النبي ﷺ وعنه تميم بن محمود وأبو راشد الحبراني ويزيد بن خمير وأبو سلام مات في زمن معاوية . راجع . التهذيب (١٩٣/٦) ، التقريب (٤٨٣/١) ، الإصابة (٣١٣/٤) والاستيعاب (٤٥٦/٣) . أما عبد الرحمن بن يسار فهو أخو الحباب بن سعيد بن يسار يكنى أبا مزرد ت سنة ٨٣ هـ . راجع التهذيب (٢٣٣/١٢) ، (٢٦٠/٦) ، والتقريب (٤٩٦/٣) ، والتاريخ الكبير (٣٦٨/٥) .

(٤) في (م) ، (ع) : [ولا تغلوا به] .

(٥) في (ص) ، (م) ، (ع) : [ولا تستكبروا] ، وفي (ن) غير منقوطة والصواب ما أثبتناه .

(٦) أخرجه أحمد في مسنده (٤٢٨/٣) . قال في مجمع الزوائد رجال أحمد ثقات راجع مجمع الزوائد (١٦٨/٧) . وراجع مصنف ابن أبي شيبه (٤٠١/٢) ، نصب الراية للزيلعي (١٣٥/٤ ، ١٣٦) قال الشوكاني بعد أن ذكر جملة أحاديث منها حديث عبد الرحمن بن شبل « وقد استدل بأحاديث الباب من قال لا تحل الأجرة على تعليم القرآن وهو أحمد ابن حنبل وأصحابه وأبو حنيفة وأصحابه وبه قال عطاء والضحاك بن قيس والزهري وإسحاق بن شقيق وظاهره عدم الفرق بين أخذها على تعليم الكبير لأجل وجوب تعليمه القدر الواجب وهو غير متعين ، ولا يحرم على تعليم الصغير لعدم الوجوب عليه ، وذهب الجمهور إلى أنها تحل الأجرة على تعليم القرآن وأجابوا عن أحاديث الباب بأجوبة منها ... أن حديث عبد الرحمن بن شبل أخص من محل النزاع ؛ لأن المنع من التأكل بالقرآن لا يستلزم المنع من قبول ما دفعه المتعلم بطيبة من نفسه . راجع نيل الأوطار (٢٨٨/٥) وسوف تأتى مناقشة الشيرازي للاستدلال بهذا الحديث .

١٧٨٩٦ - و (١) لأن العقد [وقع (٢)] على عمل لا يقدر على إيفائه ، فوجب أن لا يجوز ، كما لو (٣) استأجره ليحمل هذه الخشبة [وحده] (٤) وهو لا يقدر على حملها (٥) .

١٧٨٩٧ - ولأنها إجارة على التعليم ، كما لو استأجره على تعليم كل سورة بدرهم ولأن الإمامة من شرطها أن تكون قربة لفاعلها يصح أخذ الأجرة عليها كالصوم (٦) ، وكما لو استأجر قوما يصلون خلفه الجمعة والظهر .

١٧٨٩٨ - احتجوا : بأن ما جاز التطوع به جاز أخذ (٧) الأجرة عليه كسائر الأعمال (٨) .

١٧٨٩٩ - قلنا : يبطل بضراب الفحل وباصطياد طير بعينه (٩) .

---

(١) ساقط من (ن) . (٢ ، ٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (م) ، (ع) : [هذه] وهو خطأ .

(٥) وجه الشبه بين التعليم وحمل الخشبه الثقيلة أن التعليم لا يتم إلا بمساعدة المتعلم وكذا الخشبة لا يمكن حملها إلا بمساعدة الغير وقد سبق جواب الشافعية عن مثل هذا الاعتراض ويأتي في نص الشيرازي .

(٦) نرى أن هناك فرقًا بين الصوم والإمامة ، حيث إن الصوم فرض عين لا يصح الإنابة فيه ، خلافًا للإمامة فقد تتعين كما تجوز الإنابة فيها فافترقا . (٧) من (ص) وساقطة من غيرها .

(٨) قال الشيرازي : « يجوز الاستجار على التعليم . وقال أبو حنيفة لا يجوز . لنا أنه منفعة يجوز التطوع بها ، فجاز عقد الإجارة عليها كسائر المنافع . فإن احتجوا بقوله ﷺ « اقْرأوا القُرْآنَ وَلاَ تَغْلُوا فِيهَ وَ لاَ تَأْكُلُوا بِهِ » . قلنا : نحمله على نهى الكراهة . ثم يعارضه قوله ﷺ « إنَّ أَحَقَّ مَا اتَّخَذْتُمْ عَلَيْهِ أجْرًا كِتَابَ اللَّهِ » قالوا روي أن أبيًا أخذ قوسًا على القرآنِ فقالَ لهُ النبيُّ ﷺ : « أتُحِبُّ أنْ يُقَوِّسَكَ اللَّهُ بِقَوْسٍ مِنْ نَارٍ » .؟ قلنا : لعله أخذ في موضع تعين عليه أو أخذ قوسا فيه عاج . قالوا : عمل لا يقدر على إيفائه فهو كما لو استأجره على حمل خشبه ثقيلة . قلنا : يقدر عليه من طريق العادة . قالوا : تعليم القرآن قربة فأشبه الصلاة والصوم . قلنا : ذاك لا تعود منفعته إلى المعقود له فهو كالاستجار على خياطة قميص الأجير ، وهذا تعود منفعته إليه ، فهو كالاستجار على خياطة قميصه . راجع النكت ورقة ١٦٨ ، فتح العزيز (٢٨٥/١٢) ، وبداية المجتهد (١٦٨/٢) ، وقال ابن المنذر بعد أن ذكر المذاهب في المسألة على النحو السابق والقول الأول « قول الشافعية ومن معهم » أصح لأن النبي ﷺ لما جاز أن يأخذ الرجل على تعليم القرآن عوضًا في باب النكاح ويقوم ذلك مقام المهر جاز أن يأخذ الرجل على تعليم القرآن الأجر أبو حنيفة يجيز أن يستأجر الرجل الرجل على أن يكتب له نوحًا أو شعرًا أو غناء معلومًا بأجر معلوم « البدائع (٤ / ١٨٩) » . فيجوز الإجارة على معصية ويبطلها فيما هو طاعة ومما قد دلت السنة على جوازه ؟! راجع الإشراف لابن المنذر (٢١٨/١) .

(٩) قصد المصنف بذلك نقض العلة التي احتج بها الشافعية وهو أن ما جازت إعارته جازت إجارته . وذلك بأن الفحل تجوز إعارته ولا تجوز الإجارة لضرابه وكذا الطير لا تجوز الإجارة على صيده . وقد سبق القول في ضراب الفحل وأنه محل خلاف بين العلماء بين مجيز ومانع ، ومن ثم فلا يحتج به وبخاصة على الشافعية لأن منهم من قال : بجوز الإجارة في إجارة الفحل وكذلك فإن المانعين منهم لإجارة الفحل عللوا ذلك بأن العقد يقع على عين وهو الماء وذلك شيء هين لا قيمة له وعلى ذلك فليس لجواز الإعارة وعدمها دخل في إجارة الفحل عندهم . وكذلك الإجارة على صيد طير معين لا علاقة له بجواز الإعارة وعدمها بل لأن الطير لا يجوز بيعه قبل القدرة عليه لعدم القدرة على التسليم ومن ثم امتنعت الإجارة على صيده .

موجب الأجرة في الإجارة الفاسدة

١٧٩٠٠ - قال أصحابنا : لا تجب الأجرة في الإجارة الفاسدة (١) إلا باستيفاء المنفعة (٢) .

١٧٩٠١ - وقال الشافعي : في كتاب المزارعة [إذا مضت المدة (٣)] والعين في يد المستأجر لزمه الأجرة ، انتفع بها أو لم ينتفع (٤) .

١٧٩٠٢ - لنا : أنه عقد يقصد به المنفعة ، فلا يجب البدل [في فاسده إلا باستيفاء المنفعة كالنكاح ، ولأنه عقد لا يستحق به تسليم المعقود عليه فلا يجب البدل (٥)] فيه إلا باستيفائه . أصله النكاح ، وإذا قال : من جاء بعبدي الآبق فله أربعون (٦) .

١٧٩٠٣ - فإن قيل منافع البضع غير مقدرة بالزمان ، ولهذا يجوز العقد عليها مطلقًا ولا يجوز مؤقتًا ، ومنافع الإجارة مؤقتة بالزمان ، ولهذا لا يجوز العقد عليها مطلقًا فما يتقدر بالزمان يتلف في يد العاقد بمضيه فيضمن وما لا [يتقدر] (٧) لا يتلف تحت يده بمضي الزمان [فلا يضمن (٨)] .

---

(١) سبق القول بأن الإجارة من العقود التي فرق فيها الأحناف بين الفاسد والباطل ، وعلى ذلك فالباطل منها ما رجع الخلل فيه إلى ركن من أركان العقد ، والفاسد ما اختل فيه شرط من شروط الصحة . قال ابن نجيم « وأما في الإجارة فمتباينان - الفاسد ، والباطل - ، قالوا لا يجب الأجر في الباطلة كما إذا استأجر أحد الشريكين شريكه لحمل طعام مشترك ويجب أجر المثل في الفاسدة » راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٣٣٧) ، والإجارة الفاسدة كأن لا يذكر الأجر في عقد الإجارة أو يشترط فيها شرطًا لا يقتضيه العقد كأن يؤجر الدار ثم يشترط المؤجر أن يسكنها شهرًا ثم يسلمها إلى المستأجر ونحوه وكذا إذا كان الأجر خمرًا ونحوه فإن كان ميتة فباطلة .

(٢) راجع بدائع الصنائع (١٩٥/٤) ، تبيين الحقائق (١٢١/٥) وبرأي الأحناف قال أحمد في رواية . راجع المغني (٤٤٦/٥) .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) راجع الأم (٢٤٤/٣) وبه قال أحمد في رواية . المغني (٤٤٦/٥) .

(٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٦) قصد المصنف بذلك أن الأجرة في الإجارة الفاسدة لا تملك إلا باستيفاء المنفعة كما لا يملك المهر في النكاح الفاسد إلا بالدخول ، وفي الإجارة على رد العبد إلا بالمجيء به . قال في البدائع « وفي النكاح الفاسد يجب المهر لكن لا بنفس العقد بل بواسطة الدخول .

(٧) في (م) ، (ع) : [يقدر] .

(٨) ساقط من (م) ، (ع) .

١٧٩٠٤ - قلنا : إنما لا تقدر منافع البضع بالزمان لأنه متأبد ، فهو عقد على كل الزمان فإذا مضى جزء من الزمان والبضع تحت يده فقد تلفت تحت يده المنفعة التي كان يجب البدل باستيفائها ، كما أن منافع الأعضاء تتلف تحت يد المستأجر عندهم ، فيجب بدلها الذي كان يجب باستيفائها .

١٧٩٠٥ - قالوا : منافع البضع لا تثبت اليد عليها ، بدلالة أن المولى يزوج المغصوبة .

١٧٩٠٦ - قلنا : ثبوت يد الزوج على منفعة البضع كثبوت يده على منفعة [الحر] (١) إذا سلم نفسه ولا فرق بينهما .

١٧٩٠٧ - [فإن قيل] (٢) منافع البضع تحت يد المرأة .

١٧٩٠٨ - قلنا : ومنافع الحر تحت يده ، فأما جواز نكاح المغصوبة فليس لما قالوا [و (٣)] لكن لأن العقد لا يقف على إمكان التسليم .

١٧٩٠٩ - قالوا : الإجارة فرع متردد بين (٤) البيع والنكاح و فكان اعتباره بالبيع [أولى ؛ لأنه يوافقه في شرائطه وجواز بدله وإباحته ولا يتنصف بدله برفع العقد ولا يستقر بالموت .

١٧٩١٠ - قلنا : اعتبار المنفعة بعقود الأعيان ؛ لأن رد الشيء إلى جنسه (٥) [أولى من رده إلى غير جنسه (٦) .

١٧٩١١ - فأما افتراق النكاح والإجارة في امتناع الإباحة وكذلك الإجارة قد (٧) فارقت البيع في جوازها على ما لم « يحِلّ » (٨) وفي افتقارها إلى التوقيت (٩) وامتناع

---

(١) في (م) ، (ع) : [الحق] .
(٢) في (ن) : [فإن قالوا] .
(٣) ساقط من (ن) .
(٤) في (ن) : [يبيع] وهو خطأ .
(٥) ساقط من (م) ، (ع) .
(٦) أي رد الإجارة إلى النكاح أولى من ردها إلى البيع وذلك ؛ لأن النكاح يقع على منافع البضع وكذا العقد في الإجارة يقع على المنفعة لا على العين خلافًا للبيع فإنه يقع على العين .
(٧) في (ن) : [وقد] .
(٨) في (ص) ، (م) : [يخلوا] وربما كان صوابها يحل ؛ لأن إجارة المشغول لا تجوز ، لأنه لا يمكن الانتفاع بها . ويكون المراد أن الإجارة تجوز على ما لم يحل بخلق وهو المنفعة ؛ لأنها غير موجودة حين العقد وإنما توجد بعد ذلك .
(٩) يشترط في الإجارة بيان مدتها كما سبق فإن أجر إجارة مطلقة من غير بيان مدة فلا تجوز ، خلافًا للبيع فلا يفتقر إلى التوقيت بل لو وجد فيه لأفسده ؛ لأن البيع يقتضي التمليك المطلق خلافًا للإجارة فإنها تفيد =

ذلك في البيع فأما استقرار المهر بالموت وتنصفه بالطلاق قبل الدخول على تأكده [١] ثم مع [٢] هذا التأكيد لم يجب بدل في العقد الفاسد بالتخلية فالإجارة أولى .

١٧٩١٢ - احتجوا : بأنها منفعة تلفت في يده بإجارة فاسدة فوجب أن تكون مضمونة [عليه [٣]] .

١٧٩١٣ - أصله : إذا انتفع [٤] بها فقد استوفى المنفعة بحكم العقد الفاسد وإذا لم ينتفع لم يستوفها فلم يجب بدلها مع الفساد .

١٧٩١٤ - أصله : النكاح الفاسد . ولأنه لو استأجر خياطًا يخيط له ثوبًا بإجارة فاسدة ضمن الأجرة إذا استوفى المنفعة . ولو حبسه تلفت المنفعة تحت يده ولم [٥] يضمنها .

١٧٩١٥ - قالوا : كل منفعة وجب ضمانها إذا انتفع بها وجب ضمانها [إذا تلفت في يده [٦]] .

١٧٩١٦ - ولم ينتفع [٧] . أصله الإجارة الصحيحة [٨] .

= الملك المقيد بوقت تعود بعده المنافع إلى المؤجر .

(١) أي تأكد تنصف المهر بالطلاق ، وذلك يكون عند الأحناف إذا تم الطلاق قبل الدخول ولم تسبقه خلوة صحيحة . فإن سبقته خلوة وجب الصداق كاملًا ، قال في البدائع « التأكد بالخلوة مذهبنا وقال الشافعي : لا يتأكد المهر بالخلوة حتى لو خلا بها خلوة صحيحة ، ثم طلقها قبل الدخول بها في نكاح فيه تسمية يجب عليه كمال مهر المثل عندنا ، وعنده يجب عليه المتعة .. وأما التأكد بموت أحد الزوجين فنقول : لا خلاف في أن أحد الزوجين إذا مات حتف أنفه قبل الدخول في نكاح فيه تسمية أنه يتأكد المسمى سواء أكانت المرأة حرة أم أمة ، لأن المهر كان واجبا بالعقد والعقد لم ينفسخ بالموت بل انتهى » . البدائع (٢٩١/٢ ، ٢٩٤) .

(٢) في (م) ، (ع) : [مع] .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) راجع المغني (٤٤٦/٥) .

(٥) في (م) ، (ع) : [فلم] .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) راجع الأم (٢٤٤/٣) ، المغني الموضع السابق .

(٨) يرجع رأي الشافعية في هذه المسألة إلى القاعدة المشهورة التي تقول فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه بمعنى أن العقد الصحيح إذا كان يجب به الضمان في المعقود عليه فكذا إذا فسد هذا العقد . قال السيوطي « قال الأصحاب كل عقد اقتضى صحيحه الضمان فكذلك فاسده ، وما لا يقتضي صحيحه الضمان فكذلك فاسده . أما الأول فلأن الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى وأما الثاني فلأن إثبات اليد عليه بإذن المالك ولم يلزم العقد ضمانًا » . راجع الأشباه والنظائر للسيوطي صـ (١٧٦) . وإن كانت هذه القاعدة مشهورة بين الأصوليين إلا أنه يمكن القول بعدم اطرادها على إطلاقها عند الشافعية ، فقد استثنى =

١٧٩١٧ - قلنا : الإجارة الصحيحة أوجبت [التسليم] [١] فإذا تلفت المنافع في يده فقد / وجد التسليم الذي أوجبه العقد فوجب البدل والعقد الفاسد لا يوجب التسليم [فلم يوجد التسليم [٢]] الموجَب بالعقد ولا استيفاء المعقود عليه فلم يضمن البدل كالنكاح .

١٧٩١٨ - قالوا : تلف في يده عن عقد معاوضة فوجب أن يكون مضمونًا عليه .

١٧٩١٩ - أصله : إذا تلف المبيع عن عقد صحيح [ولأن ما [٣]] ضمنه إذا تلف في يده [عن عقد صحيح ضمنه إذا تلف في يده [٤] عن عقد فاسد . أصله البيع .

١٧٩٢٠ - قلنا : يبطل بالنكاح الفاسد إذا وجدت التخلية على ما قررناه أن المنافع تلفت في يده ، ولأنه لا فرق بين البيع والإجارة لأن البيع الصحيح يضمن المبيع بالتخلية وإن لم يستوفه المبتاع وكذلك يضمن المنافع في الإجارة الصحيحة والنكاح الصحيح . والبيع الفاسد لا يدخل في ضمان المشتري بالتخلية لأن ضمانه عندنا كضمان المغصوب وإنما يضمن بالقبض الذي هو استيفاء المعقود عليه ، كذلك المنافع في الإجارة الفاسدة لا تضمن إلا [٥] بالاستيفاء ولأنها تضمن بالتخلية ، وكذلك النكاح الفاسد .

* * *

السيوطي بعض العقود التي خالف فاسدها صحيحها . قال « واستثنى من الأول (كل عقد إقتضى صحيحه الضمان . .) مسائل « الأولى » إذا قال قارضتك على أن الربح كله لي فالصحيح أنه قراض فاسد ، ومع ذلك لا يستحق العامل أجرة على الصحيح « الثانية » إذا ساقاه على أن الثمرة كلها له فهي كالقراض « الثالثة » ساقاه على أن يغرسه ويكون الشجر بينهما . فسد ولا أجرة « الرابعة » إذا حدث عقد الذمة من غير الإمام لم يصح على الصحيح ولا جزية فيه على الذمي على الأصح « الخامسة » إذا استؤجر المسلم للجهاد لم يصح ولا شيء « السادس » إذا استأجر أبو الطفل أمته لإرضاعه وقلنا لا يجوز فلا تستحق أجرة المثل في الأصح ... الخ . ثم استثنى من النوع الثاني وهو « ما لا يقتضي صحيحه الضمان ... مسائل منها : « الأولى الشركة فإنها إذا صحت لا يكون عمل كل منهما في مال صاحبه مضمونًا عليه ، وإذا فسدت يكون مضمونًا بأجرة المثل . « الثانية » إذا صدر الرهن والإجارة من الغاصب فتلفت العين في يد المرتهن أو المستأجر فللمالك تضمينه على الصحيح مع أنه لا ضمان في صحيح الرهن والإجارة . « الثالثة » لا ضمان في صحيح الهبة وفي المقبوض بالهبة الفاسدة وجه أنه يضمن ... إلخ الصور المستثناه « راجع الأشباه والنظائر للسيوطي صـ (١٧٦) . ومما سبق تبين أن استثناء قاعدة الضمان في الصحيح والفاسد يدخل الإجارة أيضًا .

(١) في (م) ، (ع) : [الضمان] .
(٢) ساقط من (ن) .
(٣ ، ٤) ساقط من (م) ، (ع) .
(٥) ساقط من (م) ، (ع) .

مسألة ٨٩٦

مقدار الأجرة في الإجارة الفاسدة

١٧٩٢١ - قال أصحابنا : الواجب في الإجارة الفاسدة الأقل من المسمى ومن أجر المثل [١] .

١٧٩٢٢ - وقال الشافعي الواجب أجر المثل بالغًا ما بلغ [٢] .

١٧٩٢٣ - لنا : أنه عقد على المنفعة ببدل ، فجاز أن تثبت للتسمية فيه حكم فلا يزاد على قيمة المسمى . أصله العقد الصحيح [٣] .

١٧٩٢٤ - ولا يلزم إذا استأجره بميتة أو دم أنه يجب أجر المثل [٤] ، لأنا عللنا للعقد لا لأحواله ، وعلى العبارة الثانية قلنا : فلا يزاد على قيمة المسمى وهناك لا قيمة للمسمى [٥] .

١٧٩٢٥ - ولا يلزم إذا قال إن خطته اليوم فلك درهم ، وإن خطته غدًا فلك نصف درهم ، لأنه [قد ثبت للتسمية حكم [٦]] لأنه لا ينقص من نصف . وقد [٧] روى ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه إن خاط في الثاني لم يزد على نصف [٨] وهو الصحيح .

١٧٩٢٦ - ولأنه بدل عن منفعة فلا يزاد على ما رضي به [٩] . أصله إذا استأجره ليبيع له ثوبًا فباعه . ولا يلزم المحجور إذا أجر نفسه ؛ لأنه لا يزاد على المسمى .

---

(١) راجع البدائع (١٩٠/٤ ، ٢١٨) ، تبيين الحقائق (١٢١/٥) ، البحر الرائق (٣٤٠/٧) .

(٢) هو قول زفر من الأحناف والمالكية والحنابلة . راجع . البدائع الموضع السابق ، تكملة فتح القدير (٣٤/٨) ، نهاية المحتاج (٣٢٧/٥) ، البجرمي على الخطيب (٧٧/٣) ، حاشية الدسوقي (١٣/٢) ، والمغني (٤٤٦/٥) .

(٣) مبني أيضًا على قاعدة فاسد كل عقد كصحيحه ... السابق ذكرها .

(٤) الفرق بين هذه الصورة والصورة السابقة أن هذه الصورة حكم العقد فيها البطلان وليس الفساد ؛ لأنه سبق القول بأن العوض إن كان دما أو عذرة أو ميتة ونحو ذلك مما هو ليس مالًا عند أحد فإن العقد يكون حكمه البطلان ، فلما كانت الأجرة هنا ميتة أو دما كان حكم العقد هنا البطلان وكأن التسمية لم تكن فلزم الرجوع إلى أجر المثل . خلافًا للفاسد لأنه يمكن تصحيح العقد فيه بتعديل التسمية .

(٥) في حالة تسمية الدم أو الميتة .

(٦) ساقط من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [فقد] .

(٨) راجع البدائع (١٨٦/٤) .

(٩) إذا كان كذلك فيجب أيضًا أن لا ينقص عما رضى به وقد يكون أجر المثل أقل مما رضى به وهو المسمى .

١٧٩٢٧ - ولأن البدل في الإجارة تارة يكون المسمى [١] وتارة يكون أجر المثل [٢] ثم جاز أن يرد المسمى إلى أجر المثل وسقط [٣] الزيادة [٤] إذا استأجر المريض بأكثر من أجر المثل أو باعه [وعليه دين . كذلك أجر المثل جاز أن يرد إلى المسمى وتسقط الزيادة عليه .

١٧٩٢٨ - احتجوا : بأنه يضمن البدل المسمى في العقد الصحيح فوجب أن يضمن بجميع المثل [٥]] أصله الأعيان [٦] .

١٧٩٢٩ - قلنا : العقد الصحيح أقوى ، لأنه موجب للبدل ، والفاسد أضعف ، لأنه لا يوجب البدل بنفسه ، فلا يقال لمَّا وجب جميع البدل بأقوى العقدين وجب بمثله بحكم أضعفهما .

١٧٩٣٠ - ولأن الأعيان مقومة بأنفسها والمنافع لا تتقوم عندنا بنفسها [٧] بكل حال وعندهم في الزانية المطاوعة [٨] وإذا لم تتقوم المنفعة بنفسها [٩] وجب الرجوع إلى ما قومها العقد وسقط ما زاد عليه .

* * *

(١) وذلك في الإجارة الصحيحة .

(٢) كما هو الحال في الإجارة الفاسدة .

(٣) كذا بالنسخ ولعلها : [تسقط] .

(٤) في (ن) : [زيادة] .

(٥) ساقط من (م) ، (ع) .

(٦) راجع المغني (٤٤٦/٥) .

(٧) في (م) ، (ع) : [نفسها] .

(٨) الزانية المطاوعة عندهم لا تستحق مهرا ، قال في المهذب : فإن طاوعته على الزنا نظرت : فإن كانت حرة لم يجب لها المهر ، لما روى أبو مسعود البدري ﷺ « أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ وَمَهْرِ الْبَغِيِّ وَحُلْوَانِ الْكَاهِنِ » وإن كانت أمة لم يجب لها المهر على المنصوص للخبر ومن أصحابنا من قال : يجب ، لأن المهر حق للسيد فلم يسقط بإذنها كأرش الجناية » . راجع المهذب (٨٠/٢) .

(٩) في (م) ، (ع) : [نفسها] .

انقضاء مدة الإجارة وفي الأرض غرس أو بناء

١٧٩٣١ - قال أصحابنا : إذا أجر أرضه للغراس [١] والبناء فانقضت المدة وفيها غرس [أو [٢]] بناء فله أن يجبره على قلعه [٣] .

١٧٩٣٢ - وقال الشافعي : إن كان شرط في العقد قلعه بعد انقضاء المدة فله المطالبة بالقلع ، وإن أطلق العقد فالمؤجر بالخيار إن شاء طالبه بالقلع [٤] وضمن له النقصان الذي يحصل بالقلع ، وإن شاء أعطاه القيمة [٥] وملك الغرس وإن شاء [٦] تركه بأجر المثل [٧] .

١٧٩٣٣ - لنا : قوله ﷺ « لاَ يَحِل مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ » [٨]

---

(١) غرس الشجر يغرِسه . أثبته في الأرض القاموس المحيط باب السين فصل الغين (٢٤٣/٢) . وتجدر الأشارة إلى أن الخلاف في هذه المسألة في الغرس والبناء فقط ولا يدخل فيه الزرع ؛ لأنهم متفقون على مراعاة الضرر العائد من جراء قلعه ؛ لأن الزرع إن حلّ أجل الإجارة ولم ينضج بعد فإنه يحتاج إلى زمن قصير لا يعود به كثير ضرر على صاحب الأرض فتبقى في يد المستأجر بأجر المثل . أما الغرس والبناء فلا غاية له ينتهي إليها وإن كان فهي بعيدة مما يعظم به الضرر العائد على صاحب الأرض ففارق الغرسّ والبناءَ الزرع ومن هذا الوجه ، ولذا اختلفوا في حكمهما خلافًا للزرع . (٢) ساقط من (ن) .

(٣) راجع البدائع (٢٠٠/٤ ، ٢٢٣) ، مجمع الأنهر (٣٧٦/٢) ، تبيين الحقائق (١١٤/٥) ، اللباب (٩٠/٢) ، حاشية ابن عابدين (٣٣/٦) ، وبه قال المالكية راجع حاشية الدسوقي والشرح الكبير (٤٧/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [العقد] . (٥) في (ن) : [العين] وهو خطأ .

(٦) في (م) ، (ع) : [كان] وهو خطأ .

(٧) يمثل قول الشافعية قال الحنابلة . راجع المهذب (٥٢٩/١) ، والمغنى (٤٩٠/٥) وفي مختصر المزني بعد أن ذكر رأي الشافعي السابق قال المزني القياس عندي وبالله التوفيق أنه إذا أجل له أجلًا يغرس فيه فانقضى الأجل وأذن له البناء في عرصة له سنين وانقضى الأجل أن الأرض والعرصة مردودتان ، لأنه لم يعره شيئًا ، فعليه رد ما ليس له فيه حق على أهله ، ولا يجبر صاحب الأرض على شراء غراس ولا بناء إلا أن يشاء والله ﷻ يقول « إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ » وهذا قد منع ماله إلا أن يشترى ما لا يرضى شراءه فأين التراضي ؟ راجع مختصر المزني (٩٩/٣-١٠٠) . ومن النص السابق نرى أن المزني يقول بقول الأحناف في هذه المسألة .

(٨) أخرجه البيهقي من حديث أبي حرّة الرقاش عن عمه . راجع السنن الكبرى (١٠٠/٦) ، (١٨٢/٨) . وكذا الدارقطني بلفظ « ... إلا بِطِيبِ نَفْسِهِ ، إِلاَّ عَنْ طِيبِ نَفْسِهِ » . راجع السنن له (٢٦/٣) ، الطبراني في الكبير (٥٠/٩) رقم (٨٣٨٧) . قال الهيثمي أبو حرّة وثقة أبو داود وضعفه ابن معين . راجع مجمع الزوائد (١٧٢/٤) .

ولأن الإجارة انقضت والمستأجر مشغول بملك المستأجر فوجب أن يؤمر بالرد إذا لم يكن لفعله وقت مقدر كالثياب والمتاع .

١٧٩٣٤ - قالوا : إنما يلزم نقل المتاع من الدار على الوجه المعتاد (١) .

١٧٩٣٥ - قلنا : لا نسلم هذا بل يلزمه نقل المتاع [من الدار (٢)] على الوجه الممكن .

١٧٩٣٦ - ولا يلزم الزرع (٣) ، لأن لوقت حصاده زمانا مقدرًا ، ولأنها إجارة لو شرط فيها الرد بعد « المدة » (٤) تبرعا وجب . فإذا لم يشترط وجب (٥) .

١٧٩٣٧ - أصله : سائر الإجارات ، ولا يلزم إذا انقضت المدة وفي الأرض زرع ؛ لأنه يجوز تركه وإن شرط في الإجارة قلعه . ولأن كل حالة [توجب] (٦) على المستأجر نقل المتاع توجب نقل البناء والغرس أصله : إذا أعطاه قدر النقصان ، وإذا شرط النقل . ولأن كل حالة يجوز للمؤجر المطالبة بالقلع يجب القلع من غير « غرم » (٧) . أصله إذا شرط .

١٧٩٣٨ - احتجوا : بأنه استأجر شيئًا مدة [ليشغله] (٨) بما اكتراه به (٩) .

١٧٩٣٩ - دليله : إذا انقضت المدة وفي الأرض زرع (١٠) .

١٧٩٤٠ - قلنا : يبطل بمن استأجر دكانا [فأحرز] (١١) متاعًا ثقيلًا لا يباع إلا في (١٢) وقت معتاد كالثلج والفحم (١٣) ثم انقضت الإجارة فالعادة أن ذلك لا ينقل [إلا] (١٤) وقت بيعه ممن لا يلزمه تركه إلى الوقت المعتاد .

١٧٩٤١ - ولأن الزرع يجب قلعه كما يجب قلع الغرس إلا أن (١٥) في الزرع وقت الحصاد متقدر في يد فأمكن اتصال كل واحد إلى حقه ، فجعلنا لصاحب الأرض الأجر

---

(١) راجع المهذب (٥٢٩٩١) . (٢) ساقط من (ن) .

(٣) أي ولا يلزم من القول بقلع الغرس والبناء القول بقلع الزرع إذا انقضت المدة ؛ لأنه له غاية ترجى .

(٤) في (م) ، (ع) : [الموت] وهو خطأ .

(٥) هذا رد على التفريق بين اشتراط القلع وعدمه ، كما هو رأي الشافعي في صدر المسألة .

(٦) في (ن) : [توجد] . (٧) في (م) ، (ع) : [عزم] .

(٨) في (م) ، (ع) : [لينقله] وهو خطأ . (٩) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٠) راجع المهذب (٥٢٩/١) . (١١) في (ن) : [تأجر] وهو خطأ .

(١٢) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٣) ساقطة من (ن) ، والثلج يباع صيفا والفحم يباع شتاءً .

(١٤) في (م) ، (ع) : [إلى] . (١٥) ساقطة من (م) ، (ع) .

وكملنا [1] من المستأجر ، وأبطلنا حق صاحب الأرض ونظير مسألة الزرع من الغرس أن تنقضي المدة وفى [2] الغرس ثمرة [3] لم تدرك [أنا نبقى] [4] الغرس بأجر المثل إلى حين إدراك الثمرة .

١٧٩٤٢ - قالوا : غرس في أرض غيره بإذن مطلق فإذا طالبه بقلعه « بغير » [5] ضمان النقص لم يكن له كما إذا أراد [القلع] [6] في المدة [7] .

١٧٩٤٣ - قلنا : في المدة لا تثبت المطالبة متى بذل الضمان فلم تثبت له بغير ضمان .

١٧٩٤٤ - وفي مسألتنا : يثبت له القلع متى بذل الضمان من غير غرور كذلك ، وإن لم يبذله ، كالمغصوب منه .

* * *

(١) في (ن) : [كلمنا] وهو خطأ والمراد كملنا الأجر فيما زاد على المدة من المستأجر في مقابلة إبطال حق صاحب الأرض في استردادها بعد انتهاء المدة .

(٢) في (ن) : [في] .

(٣) في (ن) : [ثم] وهو خطأ .

(٤) في (ن) : [أننا نقر] ، وفي (م) ، (ع) : [أنه يبقى] .

(٥) في (م) ، (ع) : [تعين] وهو خطأ .

(٦) في (ن) : [القطع] .

(٧) راجع : [القطع] .

مسألة ٨٩٨

اشتراط اختلاف الأجر باختلاف نوع المنفعة ووقتها

١٧٩٤٥ - قال أبو حنيفة إذا قال : إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم وإن خطته غدًا فنصف صح الشرط الأول [١] ، وإن قال إن خطته روميًا فبدرهم ، وإن خطته فارسيًا [٢] فبنصف صح الشرطان .

١٧٩٤٦ - وقال الشافعي الشرطان باطلان [٣] .

١٧٩٤٧ - لنا : ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ : قَالَ « مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيَعلَمْهُ [٤] أَجرَهُ » [٥] .

١٧٩٤٨ - ولأنه خيره [٦] بين عملين معلومين ، كل واحد منهما ببدل معلوم [فوجب] [٧] أن يصح . أصله إذا قال : إن رددت عبدي الآبق من الكوفة فلك درهم

---

(١) أي قوله إن خطته اليوم وبطل الثاني وهو قوله إن خطته غدًا والصاحبان قالا بصحة الشرطين . وعلى هذا فله ما شرط عندهما حسب نوع العمل الذي يعمله وعند أبي حنيفة إن عمل في اليوم الأول استحق المسمى وإن عمل غدًا استحق أجر المثل . وعلة تصحيح أبي حنيفة للشرط الأول أنه سمى في اليوم الأول عملًا معلومًا وبدلًا معلومًا - (خياطة الثوب - والأجر درهم) - أما فساد الشرط الثاني (العمل في الغد) فلأنه خالف في اليوم الثاني بدليل أنه لو لم يذكر لليوم الثاني بدلًا آخر وعمل في اليوم الثاني يستحق المسمى الأول . أما وجه الصحة عند الصاحبين في الأول والثاني أن البدل والعمل عندهما معلومان في الثاني كالأول . راجع المبسوط (٩٩/١٥ ، ١٠٠) ، البدائع (١٨٥/٤-١٨٦) ، اللباب (٩٧/٢ ، ٩٨) وقد وافق أحمد في رواية رأي محمد وأبي يوسف بصحة الإجارة في اليومين . راجع المغني (٥٠٨/٥) .

(٢) قال في فتح العزيز : الخياطة الرومية بغرزتين والفارسية بغرزة واحدة « فتح العزيز » (٢٠٢/١٢) .

(٣) وافق الشافعي زفر من الأحناف ومالك وأحمد في الرواية الثانية وإسحاق وأبو ثور . راجع المراجع السابقة للأحناف والحنابلة ، فتح العزيز (٢٠٢/١٢) ، والإشراف لابن المنذر (٣٤٦/١) ، مواهب الجليل (٤٠٣/٥) ، وشرح منتهى الإيرادات (٣٥٥/٢) .

(٤) في (م) ، (ع) : [فليعلم] .

(٥) الحديث يروى عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري . راجع السنن الكبرى للبيهقي باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة (١٢٠/٦) . وأخرجه النسائي موقوفًا على أبي سعيد . كتاب المزارعة باب الشروط في المزارعة (٣٢/٧) . وانظر تلخيص الحبير (٦٠/٣) ، نصب الراية (١٣١/٤) .

(٦) في (ن) : [خيروه] .

(٧) في (ن) : [فوجب] .

وإن رددته من المصر فلك نصف ، ولأنه عقد تناول المنفعة ، فجاز أن يخيِّره [١] فيه بين شيئين منهما ، ويصح العقد .

١٧٩٤٩ - أصله : إذا استأجر دابة إن [ركبها] [٢] إلى النهروان [٣] فبدرهم وإن ركبها إلى طريق له مسافة مثلها فبدرهم ، ولأنه خيره بين شيئين يصح أن يفرد كل واحد منهما بالإجارة فوجب أن يصح .

١٧٩٥٠ - أصله : إذا استأجره [ليخيط] [٤] هذا الثوب أو هذا ، وهما سواء .

١٧٩٥١ - احتجوا : بأن المعقود عليه غير [معتبر] [٥] فصار كما لو قال : إن خطته فلك نصف نقدا أو درهم إلى شهر [٦] .

---

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٢) في (م) ، (ع) : [يركبها] وهو خطأ .

(٣) في (م) ، (ع) : [الهروان] وهو خطأ . والنَّهروان بكسر النون ثلاثة نِهروانات الأعلى والأسفل والأوسط وهي كورة واسعة بين بغداد وواسط من الجانب الشرقي حدها الأعلى متصل ببغداد وفيها عدة بلاد متوسطة . راجع معجم البلدان لياقوت الحموى (٣٢٤/٤) .

(٤) في (م) ، (ع) : [يخيط] .

(٥) كذا بالنسخ ولعلها : [متعين] .

(٦) قال ابن قدامة : « لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلم يصح ، كما لو قال : بعتك نقدا بدرهم أو بدرهمين نسيئة » المغني (٥٠٨/٥) . ونلاحظ أن المصنف هنا جمع بين قول القائل إن خطته اليوم فبكذا وإن خطته غدًا فبكذا وبين قوله إن خطته فارسيًا وإن خطته روميًا في مسألة واحدة واكتفى بهذا الاستدلال بالنسبة للشافعية . وقد أفرد الشيرازي كلا منهما بمسألة مستقلة . قال في الأولى « إذا قال إن خطته روميًا فلك درهم وإن خطته فارسيًا فبنصف درهم لم تصح الإجارة ، وقال أبو حنيفة : تصح وأيهما خاط استحق . لنا أن الإجارة وقعت على مجهول غير معين فأشبه إذا قال بعتك أحد هذين الثوبين أو بعتك بدرهم نقدًا أو بدرهمين نسيئة ، قالوا : خيره بين عملين معلومين كل واحد منهما بدله معلوم ، فصح كما لو قال : إن رددت عبدي الآبق من الكوفة فلك درهم وإن رددته من المصر فلك دينار ، قلنا ينكسر بما قسنا عليه ، وقال في الثانية : إذا قال : إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدًا فلك نصف درهم لم يصح العقد . وقال أبو حنيفة : إن خاط على الشرط الأول استحق المسمى وإن خاط على الشرط الثاني فله أجرة المثل لا يزاد على الدرهم ولا ينقص عن النصف . لنا أن المعقود عليه أحد الأمرين وهو مجهول ، فأشبه إذا قال : بعتك أحد هذين الثوبين لأن الأجرة مجهولة فأشبه إذا قال بعتك بدرهم نقدا أو بدرهمين نسيئة ، ولأن الشرط الثاني فاسد فكذلك الأول ، ولأنه لو صح الشرط الأول للزم كسائر الإجارات . قالوا الشرط الأول صحيح ؛ لأنه عمل معلوم بأجرة معلومة والشرط الثاني باطل ؛ لأنه شرط النقصان لأجل الوقت والوقت لا يقابل ببدل ، ولهذا لا يجوز لمن له على رجل ألف مؤجل ن يحط خمس ماله على أن يعجل الباقي ، فيبطل الثاني . ولا يؤثر ذلك في الأول ، كما لو قال : بعتك هذا بألف وأجرتك داري بإناء خمر . قلنا : الأول صحيح لو =

١٧٩٥٢ - قلنا : ههنا [١] المعقود عليه معلوم و [أحد البدلين] [٢] مجهول لا يدرى إذا عمل ما الذي يستحق ؟ وفي مسألتنا بدل كل واحد من العملين معلوم وهو [يستحق] [٣] الأجرة بالعمل ، وعند الاستحقاق يصير البدل معلومًا [٤] .

• • •

= المحصر عليه ، فأما إذا خيره بينه وبين الثاني صار المعقود عليه أحدهما لا بعينه ، بخلاف ما لو قال بعتك هذا بألف وأجرتك داري بخمسر ، فإن ذلك عقدان في عقد على أحدهما » .

(١) أي في قولهم إن خاطه فلك نصف نقدًا أو درهم إلى شهر فالمعقود عليه خياطة الثوب والبدل مجهول ، لأنه إما نصف درهم نقدا أو درهم إلى شهر . وذلك خلافًا للمسألة التي نحن بصددها ؛ لأن العمل في اليوم الأول أجره معلوم ، وكذا البدل في اليوم الثاني . غير أنه كان يلزم على قول المصنف هذا أن يصح العقد في اليومين ، وهو ما قال به محمد وأبو يوسف .

(٢) في (ن) : [واحد والبدل] ، وفي (م) ، (ع) واحد البدل .

(٣) في (ن) : [لا يستحق] وهو خطأ .

(٤) حسب نوع العمل الذي عمله .

مسألة ٨٩٩

الإجارة على القِصاص في النفس

١٧٩٥٣ - قال أبو حنيفة : إذا استأجر للقصاص [١] في النفس لم تصح الإجارة [٢] .

١٧٩٥٤ - وقال محمد والشافعي : يجوز [٣] .

١٧٩٥٥ - لنا : أن القصاص هو [إفاتة] [٤] الروح وذلك من فعل الآدمي ، ولا يقدر عليه وإنما هو فعل الله تعالى ، والاستئجار على ما لا يقدر عليه الأجير لا يصح .

ولا يلزم ذبحه الشاة ، لأنه لا يستأجره على تفويت الروح ، وإنما يستأجره على قطع الأوداج [٥] ، بدلالة أنه لو فوت الروح بالخنق لم يستحق شيئًا .

١٧٩٥٦ - ولا يلزم القصاص فيما دون النفس ، لأن ذلك إفاتة العضو ، وهذا من فعل الآدمي فجاز أن يستأجر عليه ، ولأن القصاص ضرب القاتل بالسيف مع التجافي [٦] وذلك تارة يقع على وجه مأذون وتارة على وجه [محظور] [٧] فلم يجز .

---

(١) القصاص بكسر القاف . قال الأزهري : القصاص المماثلة وهو مأخوذ من القص وهو القطع ، وقال الواحدى وغيره من المحققين هو من اقتصاص الأثر وهو تتبعه ؛ لأن المقتص يتبع جناية الجاني فيأخذ مثلها . يقال اقتص من غريمة واقتص السلطان فلانًا اقتصاصًا ، أي قتله قودًا ، وأقصه من فلان : جَرحَه مثل جرحه ، واستقصاه : سأله أن يقصه . راجع : القاموس المحيط باب الصاد فصل القاف (٣٢٤/٢) .

(٢) اتفق المذهبان على جواز الإجارة على القصاص فيما دون النفس كما سيتضح من خلال هذه المسألة والآتية ، واختلفوا في الإجارة على القصاص في النفس كما هو مبينٌ في نص المصنف . وبقول أبي حنيفة قال أبو يوسف . راجع المبسوط (٤٠/١٦) ، البدائع (١٨٤/٤ ، ١٨٩) .

(٣) راجع المبسوط والبدائع في المواضع المذكورة ، فتح العزيز (٣٢٧/١٢) ، الإشراف لابن المنذر (٢٤٥/١) ، مغني المحتاج (٣٣٧/٢) ، وبه قال مالك أيضًا . راجع مواهب الجليل (٤٠٩/٥) وهو مذهب الحنابلة أيضًا راجع المغني (٦٩١/٧) .

(٤) في (م) ، (ع) : [وقاية] وهو خطأ .

(٥) الودج عرق في العنق . راجع القاموس المحيط باب الجيم فصل الواو (٢١٨/١) .

(٦) في (م) ، (ع) : [التحامي] ، جفا عليه كذا . ثقل ، جفيته ، أجفيه ، صرعه . راجع القاموس المحيط باب الباء فصل الجيم (٣١٤/٤) .

(٧) في (ن) : [محظور ومباح] ورجحنا أن : [مباح] زائدة ، ولذا حذفناها .

١٧٩٥٧ - وليس كذلك [الطرف (١)] لأن قطعه بإمرار السكين وذلك يتميز فيه المحظور من المباح . ولأنه استأجره [على القتل كالقتل بغير حق . ولأن الإجارة لو صحت (٢)] على القتل لحق ، [استحق (٣)] البدل ، إذا استأجره على تفويت روح غير مستحق كالذبح لما جاز أن يستأجره على ذبح شاة استحق الأجرة إذا استأجره على ذبح الشاة فذبحها .

١٧٩٥٨ - احتجوا : بأنه أحد نوعي القصاص كالأطراف (٤) والفرق بينهما ما بينا (٥) .

١٧٩٥٩ - قالوا : حق يجوز فيه التوكيل كما [يجوز (٦)] في الأعمال المجهولة ، مثل اقتضاء ديونه وخصومة من [خاصمه] (٧) ، والإجارة لا تصح إلا في [المعلوم] (٨) ، والمعنى في الأطراف ما قدمنا .

* * *

(١) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٢) ساقط من (م) ، (ع) .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٤) ذكره في البدائع للتدليل على رأى أحمد . قال « وجه قوله أنه استأجره لعمل معلوم ، وهو القتل ومحله معلوم وهو العنق إذ لا يباح له العدول عنه فيجوز كما لو استأجره لقطع اليد وذبح الشاة » راجع البدائع (٤/ ١٨٤) . قد ذكره الشيرازي في النكت في معرض الاستدلال للشافعية ومناقشة الأحناف حيث قال : « لنا أنه أحد نوعي القصاص فأشبه الطرف ، ولأنه يجوز التوكيل فيه فجاز الاستئجار عليه كذبح الشاة . قالوا إفاتة الروح لا يقدر عليه ، فأشبه ضراب الفحل . قلنا : إلا أنه يوصف بالقدرة عليه لما أجرى الله تعالى فيه من العادة بإزهاق الروح عند فعله . ولهذا يضاف إليه . ثم انفصال الأطراف أيضًا لا يقدر عليه وإنما هو من فعل الله تعالى ثم يجوز أن يستأجر عليه . قالوا القتل بالسيف مع التجافي قد يقع على وجه محظور ، ولا يستأجر على محظور . قلنا لا يستأجر إلا من يحسن فلا يقع إلا مباحا ، ثم لو كان هذا صحيحا لوجب أن يسقط القصاص كما يسقط فيما لا يمكن من الجوايف وغيرها .
(٥) القصاص في الأطراف ممكن لأنه بإمرار السكين وذلك يتميز فيه المحظور من المباح .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) في (م) ، (ع) : [خاصم] .
(٨) في (ن) : [معلوم] .

الأجرة في استيفاء القصاص على المقتضي أو المقتضى منه

١٧٩٦٠ - قال أصحابنا : الأجرة في استيفاء القصاص في الطرف [1] على المقتضى له .

١٧٩٦١ - وقال الشافعي على المتقضى منه [2] .

---

(١) أكثر كتب الأحناف لم تتعرض للكلام عن الأجرة في القصاص ، إلا أن الطحاوي تعرض لذلك فجمع رأي المذهب في هذه المسألة وكذا السابقة بنوع تفصيل فقال : قال أبو حنيفة إذا استأجر رجلًا ليقتص له في النفس لم تجز الإجارة ، ولم يكن له أجر . وإن استأجر ليقتصَّ له فيما دون النفس جاز وفي قول محمد هو جائز في النفس وما دونها وهو قول مالك والشافعي والليث . وقال أصحابنا فيما تجوز فيه الإجارة على الاقتصاص أن أجرة الأجير على المقتص له لا على المقتص منه ، وقال مالك والليث والشافعي هو على المقتص منه . قال أبو جعفر ذلك أن أبا حنيفة إنما لم يجز الإجارة على القصاص في النفس لأن الإجارة تقع فيه على مجهول ، لا يدري في أي موضع تقع الضربة ، ويجوز فيما دون النفس ؛ لأنه يقطع من المفصل وهو معلوم ، إلا أنه أجاز الأجرة على ذبح الشاة وموضع الذبح مجهول لا يدري أسفل العنق أو أعلاه وأما الأجرة فإنما تجب على المقتص له من قبل أن المجني عليه لو كان ممن يحسن الاقتصاص فأراد الجاني أن يتولى ذلك من نفسه كان للمجني عليه أن يأباه ويتولاه هو ، لا خلاف بين أهل العلم فيه فدل أن القصاص إلى المجني عليه لا إلى الجاني ، فالأجرة عليه دون الجاني . وليس مثل الكيل والوزن أنه على من عليه الدين ؛ لأن الطالب لا يصل إلى الانتفاع إلا بتميزه من حق المطلوب فعلى المطلوب أن يميزه له ويقطعه عن ماله ويعينه بالكيل أو الوزن . راجع اختلاف الفقهاء للطحاوي ورقة ١١٩ . وبه قال المالكية مع ملاحظة أن نص الطحاوي اشتمل على أن رأي مالك يوافق الشافعي وهو خطأ . راجع مواهب الجليل (٤٠٩/٥) .

(٢) تجدر الإشارة إلى أن الخلاف فيما إذا لم ينصب الإمام رجلا يقيم الحدود أو لم يجد من يستوفي من غير أجرة . راجع : نهاية المحتاج (٢٧٣/٥) ، مغني المحتاج (٣٣٧/٢) ، والمهذب (٢٣٧/٢) ، ويأتي نصه . وللحنابلة في المسألة تردد قال في المغني « وإن كان الولي لا يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل فيه لأنه حقه ، فكان له التوكيل في استيفائه كسائر حقوقه . فإن لم يجد من يوكله إلا بعوض أخذ العوض من بيت المال . قال بعض أصحابنا : يرزق من بيت المال رجل يستوفي الحدود والقصاص ؛ لأن هذا من المصالح العامة . فإن لم يحصل ذلك فالأجرة على الجاني ، لأنها أجرة لإيفاء الحق الذي عليه فكانت عليه ، كأجرة الكيال في بيع المكيل ويحتمل أن تكون على المقتص ؛ لأنه وكيله ، فكانت الأجرة على موكله كسائر المواضع . والذي على الجاني التمكين دون الفعل ، ولها لو أراد أن يقتص من نفسه لم يمكن منه ، ولأنه لو كانت عليه أجرة التوكيل للزمته أجرة الولي إذا استوفى بنفسه » المغني (٢٩١/٧ ، ٢٩٢) ، ومن خلال هذا النص نرى أن الحنابلة يجعلون أجرة المقتص في بيت المال إن عين الإمام من يقوم بذلك كما قال الشافعية . فإن لم يفعل فهي على المقتص منه عند بعضهم ، وعند البعض الآخر وهو ما يظهر ميل ابن قدامة إليه أنها على المقتص له .

١٧٩٦٢ - لنا : أن [حق [1]] المجني عليه [لمعنى] [2] في الطرف والقطع لفصل بين حقه وبين ما لا حق له فيه فكانت الأجرة على صاحب الحق كمن باع ثمرة على النخل فأجرة جذاذها [3] عليه .

١٧٩٦٣ - فإن قيل : هناك قد حصلت التخلية ، فدخلت في ضمان المشترى ، وسقط الإيفاء [عن] [4] البائع ، وفي مسألتنا لم يسقط الحق عن الجاني / فالأجرة لإيفاء حق عليه . ٢٠٣/أ

١٧٩٦٤ - قلنا : [لوجدٌ] [5] المشترى الثمرة قبل التخلية كانت الأجرة عليه ، وإن كان الإيفاء لم يسقط عن البائع ولأن الجاني إنما يلزمه التخلية وقد فعل ، فصار كالبائع إذا سلم .

١٧٩٦٥ - فإن قيل : البائع سقط عنه التسليم . والجاني إذا لم يقطع في الحال لم يسقط عنه التسليم .

١٧٩٦٦ - قلنا : لأن العضو تحت يده ، فقد فسخ التخلية ، فصار كالبائع إذا عادت يده إلى [الثمرة] [6] لزمه تسليم أجرة الجذاذ [7] .

١٧٩٦٧ - ولأن القصاص لمنفعة المقتص له ، ولا منفعة فيه للمقتص منه فكانت الأجرة على من تجعل له المنفعة كالجذاذ [8] وكالعامل في الزكاة ، ولأن الأجرة لو وجبت على الجاني [9] لجاز أن يتولى القطع بنفسه كالختان [10] .

١٧٩٦٨ - ولا يقال إنه يجوز أن يستوفيه بنفسه في أحد الوجهين [11] لأنه لو جاز

---

(١) ساقطة من (ع) . (٢) في (ع) : [بمعنى] .
(٣) الجذاذ والجداد صرم النخل والمراد قطع ثمرها . راجع القاموس المحيط باب الدال فصل الجيم (٢٩١/١) .
(٤) في (ن) : [على] .
(٥) في (ن) : [لو وجد] ، في (م) ، (ع) : [وجد] وكلاهما خطأ .
(٦) في (ص) ، (ن) : [الثمن] .
(٧) في (ص) ، (ن) : [أجر] والمراد إذا عادت الثمرة إلى البائع لفساد العقد ونحوه لزم البائع دفع أجرة الجذاذ .
(٨) في (ص) ، (ن) ، (م) : [أجر] وهو خطأ .
(٩) قياس أجرة المقتص على أجرة العامل في الزكاة قياس مع الفارق ؛ لأن أجرة العامل في الزكاة من مال الزكاة ؛ لأن له سهما فيها ، ولذا فهي ليست على المزكي ، ولا على من تدفع له الزكاة خلافا للمقتص فإن أجرته إما على المقتص له وإما على المقتص منه .
(١٠) الختن القطع والختان موضعه من الذكر . راجع القاموس المحيط باب النون فصل الخاء (٢٢٠/٤) .
(١١) للشافعية في استيفاء القصاص للجاني من نفسه قول واحد . قال في المهذب « فإن لم يكن من يستوفي القصاص بغير عوض استؤجر من خمس المصالح من يستوفي ، لأن ذلك من المصالح . وإن لم يكن خمس أو =

أن يستوفى القصاص فيما دون النفس جاز في النفس والنص [١] قد منع ذلك .

١٧٩٦٩ - احتجوا : بأنها أجرة وجبت [لإيفاء] [٢] حق فوجب أن يكون على « الموفى » [٣] دون المستوفى .

١٧٩٧٠ - أصله أجرة الكيال والوزان [٤] .

١٧٩٧١ - قلنا : لا نسلم أن الأجرة في مسألتنا للإيفاء بل هي للاستيفاء ، بدليل أن المقتص له يجوز أن يتصرف فيه في الطرف بغير إذن الجاني وأجرة الكيال [للإيفاء] [٥] بدلالة أن المشترى لا يجوز أن يفعل ذلك إلا بإذنه .

١٧٩٧٢ - والمعنى في الكيال [أن] [٦] حق المشترى لم يتعين [والمتعين] [٧] واجب عليه والكيل المتعين المستحق عليه فكانت الأجرة عليه وفي مسألتنا الحق [متعين [٨]] والقطع للفصل كالجداد .

١٧٩٧٣ - قالوا : يبطل بمن ابتاع صبرة على أنها عشرة أقفزة كل قفيز درهم [فقد] [٩]

= كان ولكنه يحتاج إليه لما هو أهم منه وجبت الأجرة على الجاني ، لأن الحق عليه فكانت أجرة الاستيفاء عليه كالبائع في كيل الطعام المبيع . فإن قال الجاني أنا أقتص بنفسي ولا أؤدي الأجرة لم يجب تمكينه منه ؛ لأن القصاص أن يؤخذ منه مثل ما أخذ . ولأن من لزمه إيفاء حق لغيره لم يجز أن يكون هو المستوفي كالبائع في كيل الطعام المبيع » . راجع المهذب (٢٣٧/٢) . ويدل عليه أيضًا كلامه في النكت وسيأتي نصه .

(١) يقصد قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾ الآية : ٢٩ من سورة النساء .

(٢) في (ن) : [لإيفاء] وهو خطأ . (٣) في (ن) : [المتوفى] وهو خطأ .

(٤) قال الشيرازي « الأجرة في القصاص على من عليه القصاص ، وقال أبو حنيفة على من له . لنا أنه إيفاء حق ، فكانت الأجرة على من عليه كأجرة الكيال في البيع . قالوا : تعين حقه فكانت الأجرة في الأخذ عليه ، كما لو اشترى ثمرة نخلة . قلنا المغصوب منه والمعير تعين حقهما ثم أجرة التسليم على الغاصب والمستعير ، ولأن البائع قد سلم المبيع ، وههنا ما سلم فإن القصاص هو القطع ولهذا لو قطع يده في سرقة كان من ضمانه ، فوجب عليه مؤنة الإيفاء كالمبيع في يد البائع قالوا منفعة للمتقص فكانت الأجرة عليه كقطع الختان . قلنا : الختان حجة لنا لأن الأجرة فيه على من يجب عليه فليكن ههنا مثله . قالوا : مال فلا يجتمع مع القصاص كالدية . قلنا : الدين بدل عما كان القصاص بدلا عنه ، وقد سلم . قالوا : لو وجب عليه القطع مُكِّن منه . قلنا : لا يمكن ، لأنه متهم بأن يجبن فيجبني على نفسه ، كما لا يمكن البائع إذا اتهمه في الكيل وإن كان ذلك عليه » .

(٥) في (ن) : [للإيفاء] وهو خطأ . (٦) في (م) ، (ع) : [أنه] .

(٧) في (م) ، (ع) : [والعين] وهو خطأ . (٨) ساقطة من (ن) .

(٩) في (م) ، (ع) : [فالزيادة] .

تعين حق المشترى وأجرة الكيال على البائع .

١٧٩٧٤ - قلنا : لم يتعين الحق ؛ لأن الصبرة يجوز أن تزيد فتكون الزيادة للبائع .

١٧٩٧٥ - قالوا : الجاني إذا سلم نفسه [فالجناية] [١] مضمونة عليه عندنا ، ولهذا [لو أتلف] [٢] الطرف وجب عليه الأرش ، وهو يحتاج إلى القطع ، ليسقط عن نفسه الضمان .

١٧٩٧٦ - قلنا : إن كان هذا الكلام على جوابنا فلا تعلق له به ؛ لأنا اعتبرنا التعين ولم نتعرض للضمان ، وإن كان ابتداء دليل فهو غير مسلم ، لأن عندنا إذا تلف الطرف سقط الضمان عن الجاني .

١٧٩٧٧ - قالوا : [قطع [٣]] واجب فأشبه قطع السارق ، [إذا] [٤] لم يكن في بيت المال شيء .

١٧٩٧٨ - قلنا : لا يجب عندنا على السارق [أجرة] [٥] في الحالين .

١٧٩٧٩ - قالوا : قطع مستحق فالأجرة على المستحق عليه كالختان .

١٧٩٨٠ - قلنا : الختان عندنا غير واجب فكيف يجب عليه أجرته ، ثم المعنى في الختان أنه يجب لمنفعة المختون وهو ما يحصل [بعد] [٦] الطهارة ويتميز [به من المشركين فكانت الأجرة عليه] [٧] .

* * *

(١) في (م) ، (ع) : [فالزيادة] .
(٢) في (ن) : [لو تلف] .
(٣) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٤) في (م) ، (ع) : [وإذا] .
(٥) في (م) ، (ع) : [وأجره] .
(٦) في (ن) : [بعض] وهو خطأ .
(٧) بدل هذه العبارة في (ن) : [به بين المشركين الأجرة] وهو خطأ .

مسألة ٩٠١

إمساك العين مدة الإجارة من غير انتفاع بها

١٧٩٨١ - إذا استأجر دابة إلى الكوفة [فسلمها] [١] المؤجر وأمسكها المستأجر [ببغداد] [٢] حتى مضت مدة [يمكنه] [٣] المسير فيها فلا أجرة عليه ، [إن] [٤] ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجبت الأجرة [٥] .

١٧٩٨٢ - وقال الشافعي [٦] يجب الأجرة في الوجهين [٧] .

١٧٩٨٣ - لنا : أن العقد وقع على مسافة ، فالتسليم [في غيرها] [٨] لا يستحق به البدل ، كما أن العقد لو وقع على مدة فسلم في غيرها لم يستحق البدل .

١٧٩٨٤ - ولأنه لو سلم الدابة في مسألتنا بالبصرة [٩] لم تستحق الأجرة لأنه تسليم

(١) في (ن) : [تسلمها] .

(٢) في (ع) [إلى ببغداد] وهو خطأ لأن المراد حبسها في مكان إجارتها دون الانتفاع بها والإجارة هنا كما هو ظاهر محلها بغداد .

(٣) في (ع) : [تمكنه من] .   (٤) كذا بالنسخ ولعلها [وإن] .

(٥) راجع المسألة في تبيين الحقائق (١٠٧/٥) ، البدائع (٢١٥/٤) ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (٣٧/٢) ط دار إحياء التراث العربي بيروت - لبنان تكملة فتح القدير (١٦/٨) ، الكفاية (١٥/٨) ، شرح العناية على الهداية (١٥/٨) وحاشية السعدي على شرح العناية (١٦/٨) .

(٦) ساقطة من (ص) ، (م) ، (ع) .

(٧) وبه قال المالكية والحنابلة . راجع : مغني المحتاج (٣٥٨/٢) ، الحاوي صـ ٤١٢ ، ومواهب الجليل (٤١٤/٥) ، المغني (٤٤٥/٥) . وقد أورد الإمام الماوردي تفصيلًا حسنًا فقال : « رجل استأجر دابة ليركبها شهرًا أو ليركبها من البصرة إلى الكوفة من غير أن يركبها فهذا على ضربين أحدهما أن يفعل ذلك لعذر مانع من ركوبها . والثاني أن يفعل ذلك لغير عذر ، فإن فعل ذلك لغير عذر فقد استوفى ما استحقه بالإجارة وإن لم يركب ضمن جميع الأجرة ... فإن أمسك عن ركوبها لعذر فهو على ثلاثة أقسام إحداها أن يكون لعذر في الطريق فإن كان العذر عائدًا إلى المستأجر كمرض حابس أو أمر عائق فقد استوفى حقه وعليه الأجرة ؛ لأن له أن يستوفي ذلك بنفسه وبغيره فلم يكن عجزه عن استيفاء ذلك بنفسه مانعا من استيفائه بغيره -لا يخفى أن هذا ناشيء عن قول الشافعية بأن الإجارة لا تنفسخ بالعذر- وإن كان العذر عائدا إلى الدابة لمرضها فلا أجرة على المستأجر ؛ لأنه ممنوع من استيفاء حقه بنفسه وبغيره . ثم ينظر في الإجارة فإن كانت على مدة قد انقضت فقد بطلت وإن كانت إلى مسافة معلومة نهى بحالها وإن كان العذر في الطريق من جدب أو خوف ، فهو كما لو كان لعذر في الدابة لكون العذر في الحالين من غير المستأجر ، فصار ممنوعًا من استيفاء حقه . راجع الحاوي (٤١٢ - ٤١٥) .   (٨) في (م) ، (ع) : [بغيرها] .

(٩) في (م) ، (ع) [بالبصرة] وهو تصحيف .

في غير الأماكن التي تناولها العقد [١] ، كذلك في مسألتنا .

١٧٩٨٥ - ولأن العقد وقع على المسير ، فلو أوجبنا [٢] الأجرة بالإمساك صار كالعقد على مدة ، وحكم الأمرين يختلف بدلالة أن الخياط لو سلم نفسه لم يستحق الأجرة ؛ لأن العقد وقع على العمل دون المدة ، ولأن الإجارة على ضربين : تارة تقع على [٣] منفعة معينة وتارة تقع [٤] على مدة ، فإذا وقع العقد على المدة [٥] استقر البدل بالتسليم كمن استأجر رجلًا للخدمة شهرا وإن وقع على [٦] المنفعة [لم يستحق إلا بالعمل] [٧] كالخياطة ، كذلك العقد على الدابة إن استأجرها مدة معلومة لم تستحق الأجرة بمجرد [٨] التسليم .

١٧٩٨٦ - ولأنه لو خلى بينه وبين الدابة لم يستحق الأجرة من غير قبض ، كذلك لا يستحق [وإن] [٩] وجد القبض ، كما لو أجر مدة متراخية فسلم قبلها .

١٧٩٨٧ - احتجوا : بأن المستأجر قبض العين المستأجرة وتمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليها فوجب أن تستقر الأجرة عليه [١٠] .

١٧٩٨٨ - أصله : إذا استأجرها شهرًا للركوب .

١٧٩٨٩ - قلنا : التمكن من الاستيفاء في غير محل المعقود عليه [كلا تمكن] [١١] فلا يستقر به بدل . والمعنى فيه أنه [١٢] إذا استأجرها شهرًا وفرقّ في الأصل بينهما كما لو استأجر لخياطة ثوب أو استأجر [يومًا] [١٣] .

١٧٩٩٠ - قالوا : وأصل العلة إذا سيرها إلى الكوفة ولم يركبها .

١٧٩٩١ - قلنا : هناك وجد التسليم في المحل المعقود عليه ، فصار كالتسليم في المدة المعقود عليها .

١٧٩٩٢ - وفي مسألتنا وجد التسليم في غير المحل المعقود عليه ، فصار كالتسليم في غير المدة .

---

(١) وذلك لأن العقد في هذه المسألة واقع على المسير من بغداد إلى الكوفة .
(٢) في (ع) : [وجبنا] .
(٣) ساقطة من (ن) .
(٤) ساقطة من (ص) ، (ن) ، (ن) .
(٥) في (ع) : [مدة] .
(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .
(٧) بدل هذه العبارة في (ن) : [لم يستقر إلا بالعلم] وهو خطأ .
(٨) في (ن) : [لمجرد] .
(٩) في (م) ، (ع) : [إن] .
(١٠) مغني المحتاج (٢ / ٥٣٨) ، المغني (٥ / ٤٤٥) .
(١١) في (ص) ، (ن) ، (م) : [كالتمكن] وهو خطأ .
(١٢) من (ن) وساقطة من غيرها .
(١٣) في (م) ، (ع) : [ثوبا] وهو تحريف .

مسألة (١) ٩٠٢

(المزارعة)

١٧٩٩٣ - قال أبو حنيفة المزارعة (٢) ....

(١) خالف المصنف هنا سائر الكتب في جعله المزارعة من مسائل الإجارة ؛ لأنها بمثابة إجارة الأرض ببعض الخارج منها .

(٢) المزارعة لغة : المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها . راجع تاج العروس للزبيدي (٣٦٨/٥) ط المطبعة الخيرية بالجمالية والقاموس المحيط باب العين فصل الزاي (٣٥/٣) . وشرعًا : عرفها الأحناف بأنها « عقد على الزرع ببعض الخارج » راجع الهداية (٣٨٤/٧) وعرفها المالكية بأنها « الشركة في الزرع ، وقيل الشركة في حرث » راجع الشرح الصغير (١٩٧/٣) ، مواهب الجليل (١٧٦/٥) . وكما هو ظاهر من تعريفها عندهم فإنهم يجعلونها نوعا من أنواع الشركة ، حتى تعتبر فيها شروطها ، كالاشتراك في البذر ونحوه . وعرفها الشافعية بأنها « تسليم الأرض لرجل ليزرعها ببعض ما يخرج منها والبذر من المالك . راجع حاشية البجرمي على الخطيب (١٩١/٣) . وعند الحنابلة : هي . دفع الأرض لمن يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما . راجع المغني (٤١٦/٥) . أما عن حكمها فقد اختلف العلماء فيها ، وقد اتجهوا في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات . المنع المطلق ، والجواز المطلق والجواز إذا كانت على بياض أرض بين شجر ولا تجوز في الأرض البيضاء . **الاتجاه الأول** . وهو الجواز المطلق . مروى عن ابن مسعود وعلي ابن أبي طالب ومعاذ بن جبل وسعيد بن المسيب ومحمد بن سيرين وطاووس وعبد الرحمن بن الأسود وعمر بن عبد العزيز والزهري والحنابلة ومحمد وأبي يوسف من الأحناف ، وابن حزم الظاهري . راجع المبسوط (١٧/٢٣) ، الهداية (٣٨٤/٧) ، الإشراف لابن المنذر (١٥٧/١) ، المغني (٤١٦/٥) ، كشاف القناع (٥٣٢/٣) ، والمحلى (٢١٤/٨) . **الاتجاه الثاني** : المنع المطلق وهو مروي عن ابن عباس وعكرمة وسعيد بن جبير ومجاهد والنخعي وأبي حنيفة . راجع كتب الأحناف المذكورة ، المغني (٤١٦/٥) . **الاتجاه الثالث** : وهو القائل بالجواز إذا كانت على بياض بين النخيل المساقي عليه فتجوز تبعا للمساقاة . وهو مذهب الشافعي . راجع المهذب (١ / ٥١٦) .

الأدلة لكل فريق :

أولًا : استدل أصحاب الاتجاه الأول القائلين بالجواز مطلقا :

١ - بما روى عن ابن عمر أن النبي ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيبر بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ زَرْعٍ أَوْ ثَمرٍ .

ووجهه الدلالة من ناحيتين :

الأولى : جواز المزارعة بنص الحديث « مَا يَخْرُجُ مِنْ زَرْعٍ أَوْ ثَمَرٍ » .

الثانية : أن أرض خيبر لا تخلو من أرض بيضاء وأخرى بين الشجر والعقد وقع على الجميع .

٢ - كما استدلوا أيضًا بالإجماع . وقد استنبط الإجماع من معاملة الصحابة في عصر الرسول وبعد وفاته .

قال أبو جعفر « محمد بن علي » عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلى ثم =

عقد فاسد (١) .

١٧٩٩٤ - وقال الشافعي (٢) إذا ساقاه على نخل وكان فيها (٣) بياض [لا يتوصل] (٤) إلى عمله إلا بالدخول على النخل ولا الوصول إلى سقيه [إلا بسقي] (٥) النخل في الماء [أو] (٦) كان غير [متميز] (٧) جاز أن يساقي عليه مع النخل ، ولا يجوز منفردًا (٨) .

١٧٩٩٥ - قالوا : وإنما (٩) يجوز إذا كان من رب الأرض البذر والفدن (١٠) ومن العامل (١١) العمل (١٢) .

=أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع وهذا أمر مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ، ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ، ثم أهلوهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به وعمل به أزواج رسول الله ﷺ من بعده المغني (٤٢١/٥) .

١- واستدلوا كذلك بالمعقول : وهو الحاجة الداعية إليها ؛ لأن رب الأرض قد لا يحسن زرعها كما أن العامل قد لا تكون لديه أرض يزرعها مع حاجة كل منهما إلى ما يخرج منها فجازت كالمساقاة والمضاربة . راجع الأدلة في المغني لابن قدامة (٤١٨/٥ ، ٤٢١) ، المحلى (٢١٤/٨) .

ثانيًا : استدل القائلون بالمنع بما ذكره المصنف من حديث جابر « مَنْ لَم يَذَرِ المُخَابَرَةَ فَلْيَأْذَنْ بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ » وسيأتي تخريجه . وكذا بأنها إجارة مجهولة الأجرة فلا تصح . راجع المبسوط (١٨/٢٣) .

ثالثًا : استدل الإمام الشافعي على جوازها إن كانت على بياض بين النخل فقط تبعا للمساقاة . بأن هذه الصورة جوزت للضرورة التي اقتضاها عقد المساقاة فجازت تبعا له ، فيبقى ما عداها على النهي الوارد في الحديث . راجع المهذب (٥١٦/١) .

(١) راجع المبسوط (١٧/٢٣) ، تبيين الحقائق (٢٧٨/٥) ، تكملة فتح القدير (٣٨٤/٨) مجمع الأنهر (٤٩٨/٢) ، البدائع (١٧٥/٦) ، اللباب (٢٢٨/٢) .

(٢) ساقطة من (ص) ، (م) ، (ع) . (٣) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٤) في (ع) ، (ن) : [يوصل] .

(٥) في (ن) : [يشرق] وفي (م) ، (ع) : [بشق] وكلاهما خطأ .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) . (٧) في (ن) : [مشمر] وهو خطأ .

(٨) راجع الأم (٢٣٩/٣) ، المهذب (٥١٦/١) ومذهب مالك قريب من مذهب الشافعي إلا أن مالكًا حدد القلة بكونها لا تزيد على الثلث فإن كان أكثر من الثلث فلا تجوز . راجع بداية المجتهد (١٥٨/٢) .

(٩) في (ص) ، (م) ، (ع) : [لا] وهو خطأ .

(١٠) الفدن . الثور أو الثوران يقرن للحرث بينهما ولا يقال الواحد فدان أو هو آلة الثورين للحرث . راجع . القاموس المحيط باب النون فصل الفاء (٢٥٧/٤) ، مختار الصحاح (فدان) . ٥١٩ والفدن في هذا السياق بمعنى الحرث .

(١١) ساقطة من (م) ، (ع) .

(١٢) قال ابن المنذر : اختلف الذين أجازوا المزارعة بالثلث والربع فيمن يخرج البذر : العامل أو رب المال ؟ =

١٧٩٩٦ - وإن كان البياض بين نخل يسير ففيه وجهان [١] .

١٧٩٩٧ - لنا : حديث جابر [٢] ﷺ [عن النبي ﷺ [٣]] قال « مَنْ لَمْ يَذَرِ المُخَابَرَةَ فَلْيَأْذَنْ بِحَرْبٍ مِنَ اللهِ وَرَسُولِهِ [٤] « ذكره » [٥] أبو داود [٦] . ولأنه عقد لا يصح

= فقال طائفة يكون من عند العامل روى ذلك عن سعد بن مالك وابن مسعود وابن عمر . وفيه قول ثان . وهو أن البذر يكون من عند رب الأرض والعمل من الداخل « العامل » . هذا قول أحمد وإسحاق . وقالا : لا يعجبنا أن يكون البذر من عند الداخل . وفيه قول ثالث . قاله بعض أهل الحديث . قال من أخرج البذر منهما فهو جائز ؛ لأن النبي ﷺ دفع خيبر معاملة ، وفي تركه اشتراط البذر من عند أحدهما دليل على أن ذلك يجوز من عند أيهما كان . راجع الإشراف لابن المنذر (١ / ١٥٧) ، الأم (٣ / ٢٣٩) ، المغني (٥ / ٢٤٣) ومحمد وأبو يوسف من الأحناف جوزا المزارعة وهى على أربعة أوجه عندهما تصح في ثلاثة منها :

قال في اللباب : وهي عندهما على أربعة أوجه تصح في ثلاثة منهما وتبطل في واحد « لأنه إذا كانت الأرض والبذر لواحد ، والعمل والبقر من آخر ، جازت المزارعة وصار الأرض والبذر مستأجرًا للعامل والبقر تبعا ، لأن البقر آلة العمل . وكذا إذا كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت أيضًا ، وصار العامل مستأجرا للعامل ببعض الخارج ... وإذا كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر فهي باطلة ، لأنه لو قدر إجارة للأرض فاشتراط البقر على صاحبها مفسد للإجارة ؛ إذ لا يمكن جعل البقر تبعا للأرض ، لاختلاف المنفعة ، لأن الأرض للإنبات والبقر للشق ، ولو قدر إجارة للعامل فاشتراط البذر عليه مفسد لأنه ليس تبعًا له « اللباب (٢٢٩/٢) . ويؤخذ من النص السابق بالإضافة إلى صور إخراج البذر من رب الأرض أو العامل أن المزارعة صورة من صور الإجارة وهو الذي جعل المصنف كما سبق يأتي بها في آخر مسائل الإجارة ، ولم يفردها بباب مستقل كما هو الحال في عامة الكتب . وقد ذكر صاحب اللباب بعد أن ذكر نص القدورى وشرحه له على النحو السابق ثلاثة أوجه أخرى للمزارعة باطلة وهى إحداها « أن يكون البذر والبقر لأحدهما والآخران للآخر (أي العمل والأرض) لأنها استئجار الأرض وشرط العمل ، الثاني أن يكون لأحدهما البقر والباقي للآخر ، لأنه استئجار للبقر ببعض الخارج . الثالث أن يكون لأحدهما البذر والباقي للآخر ؛ لأنه شراء للبذر ببعض الخارج راجع اللباب (٢٣٠/٢) .

(١) أي إذا كان البياض كثيرًا والنخل قليل . راجع المهذب (٥١٦/١) .

(٢) الصحابي الجليل جابر بن عبد الله وقد سبقت ترجمته .

(٣) ساقطة من (م) ، (ع) . (٤) سبق تخريج الحديث في كتاب المساقاة .

(٥) في (م) ، (ع) : [وذكره] راجع السنن - باب المخابرة (٦٩٥/٣) رقم (٣٤٠٦) .

(٦) سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد الأزدى « أبو داود » محدث حافظ فقيه رحل وطوف وجمع وصنف وخرج وسمع الكثير من مشايخ الشام ومصر والجزيرة والعراق وخرسان وتوفي بالبصرة في شوال سنة ٢٧٥ هـ من تصانيفه كتاب السنن ، الناسخ والمنسوخ ، والقدر ، والمراسيل ، وغيرها . راجع . معجم المؤلفين (٢٥٥/٤) ، سير أعلام النبلاء (٤٥/٩ - ٥٣) ، الوافي بالوفيات (١٢١/١٣ ، ١٢٢) =

منفردًا فلا يصح تبعًا للمساقاة كما لو كان البذر والفدن من العامل .

١٧٩٩٨ - ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من الريع [١] فلم يجز . أصله إذا كان البذر من العامل .

١٧٩٩٩ - احتجوا : بما روى أن النبي ﷺ عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَر عَلَى [٢] نِصْفِ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ [٣] .

١٨٠٠٠ - وقد أجبنا عن هذا الخبر [٤] ، ولأن خبرنا متأخر فكان أولى . يبين ذلك أنه لم ينقل أنه ﷺ أَعْطَاهُمْ الْبَذْرَ وَالبَقَر [٥] والمزارعة على هذا الوجه لا تصح باتفاق .

١٨٠٠١ - ولأن الشافعي رحمه الله إن عمل بظاهر هذا الخبر فيجب أن تجوز المزارعة في الأرض وإن انفردت عن النخل لأنه [٦] لم يفصل في الخبرين [٧] الأمرين وإن [٨] عمل بخبر

= الناشر فرانز شتايز بفيسباون سنة (١٧٨١) هـ تذاكرة الحفاظ صـ (٢٦١) ، طبقات الحنابلة (١٥٩/١) ، طبقات المفسرين للداودي (٢٠١/١) ، العبر (٥٤/٢) ، واستدلال المصنف بهذا الحديث من طريق جابر أسلم لأن النهى ورد من طريق رافع بن خديج أيضًا إلا أنه اعترض عليه من عدة وجوه أفاض فيها ابن قدامة في المغني (٤١٨/٥ - ٤٢٠) وأما حديث جابر فإن كان أصح رواية من حديث رافع إلا أنه لم يسلم من التأويل . وقال ابن قدامة بعد أن قال حديث رافع يحمل على أنه ورد للنهى عن الصور التي لا خلاف على فسادها كأن يكري الأرض على أن للعامل هذه الناحية ولرب الأرض هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج تلك ، أو يحمل على أنه وارد في الكراء بثلث أو ربع والنزاع في المزارعة ولم يدل حديثه عليها أصلًا ، وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضًا لأن القصة واحدة ، رويت بألفاظ مختلفة ، فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر (وحديثه الذي بلفظ المزارعة عن ابن عمر قال . قال رسول الله ﷺ مَا كُنَّا نَرَى بِالْمُزَارَعَةِ بَأْسًا حَتَّىٰ سَمِعْنَا رَافِعَ بْنَ خَدِيجٍ يَقُولُ نَهَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنْهَا) أو يحمل على فرض صحته وامتناع تأويله وتعذر الجمع على أنه منسوخ ، لأنه لابد من نسخ أحد الخبرين ، ويستحيل القول بنسخ حديث خيبر لكونه معمولًا به من جهة النبي ﷺ إلى حين موته ثم من بعده إلى عصر التابعين فمتى كان نسخه ؟! قال بعد ذلك أما حديث جابر في النهي عن المخابرة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع ، فإنه قد روى حديث خيبر أيضًا (عَامَلَ رَسُولُ اللّٰه أَهْلَ خَيْبَر . . . الحديث) فيجب الجمع بين حديثه لاستحالة نسخهما كما ذكرنا » راجع المغني قدامة (٤٢٠/٥) .

(١) راع بريع نما وزاد . راجع القاموس المحيط باب العين فصل الراء (٣٤٩/٣) .

(٢) في (م) ، (ع) : [عما] .

(٣) الحديث بمعناه ولفظه « عامَلَ رَسُولُ اللهِ ﷺ أَهْلَ خَيْبَر بِشطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ » وقد سبق تخريج الحديث في المساقاة .

(٤) راجع جواب المصنف في المساقاة .

(٥) في (م) ، (ع) : [المقر] وهو خطأ .

(٦) ساقطة من (م) ، (ع) .

(٧) في (م) ، (ع) : [بين الخبرين] .

(٨) في (م) ، (ع) : [من] .

النهي فيجب أن يبطل العقد [في الوجهين (١)] ولا يقال إن المزارعة تجوز على طريق التبع (٢) للمعاملة (٣) لأن العقود تتبعها حقوقها .

١٨٠٠٢ - فأما أن يصح العقد الذي لا يجوز إفراده [تبعا لعقد] (٤) آخر فلا (٥) .

* * *

(١) ساقط من (م) ، (ع) والمراد بالأمرين والوجهين الأرض البيضاء والتي بين النخيل .

(٢) في (م) ، (ع) : [البيع] وهو تحريف .

(٣) يقصد قول الشافعي بجواز المزارعة على بياض الأرض الذي بين الشجر تبعًا للمساقاة .

(٤) في (ن) : [بالعقد] وهو خطأ .

(٥) ناقش ابن حزم الظاهري المانعين لجواز المساقاة مطلقًا أو إذا كانت على بياض الأرض فقط فقال « حجة جميعهم في المنع من ذلك نَهْيُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ إِعْطَاءِ الأَرْضِ بِالنِّصْفِ وَالثُّلُثِ وَ الرُّبع قال علي ﷺ : ولسنا نخارجهم الآن في ألفاظ ذلك الحديث بل نقول نعم قد صح عن النبي ﷺ « أَنَّهُ نَهَى عَنْ أَنْ يُؤْخَذَ لِلأرضِ أَجْر أَوْ حَظّ . وقال « مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْض فَليزْرعْهَا أو يَمْنَحْهَا فَإِنْ أَبىَ فَلْيُمْسِكْ أرْضَهُ « وهذا نهي عن إعطائها بجزء مما يخرج منها لكن فعله ﷺ في خيبر هو الناسخ ... فأما أبو حنيفة فخالف الناسخ وأخذ بالمنسوخ وأما مالك والشافعي وأبو سليمان فحيّرهم فعل النبي ﷺ فأخرجوه على ما ذكرناه عنهم - (حمله على البياض الذي بين النخل) - وكل تلك الوجوه تحكم ويقال لمن قلد مالكًا من أين أين لكم تحديد البياض بالثلث ؟ ولم يأت قط في شيء من الأخبار تحديد ثلث ولا دليل عليه ومثل هذا في الدين لا يجوز ... ما الظن ببلد أخذ فيه القسمة مائتا فارس وأضعافهم من الرّجالة فتمولوا منها وصاروا أصحاب ضياع فمن أين لمالك تحديد الثلث وقد كان فيها بياض لا سواد فيه وسواد لا بياض (فيه) وبياض وسواد فما جاء قط في شيء من الآثار تخصيص ما خصه (أي مالك) . راجع المحلى لابن حزم (٢١٨/٨) وقد رد ابن رشد أيضًا وهو مالكي المذهب رأي مالك راجع بداية المجتهد (١٨٦/٢) .

فهرس المجلد السابع

الموضوع — الصفحة

كتاب الإقرار

كتاب العارية

كتاب الغصب

كتاب الشفعة

كتاب المضاربة

كتاب العبد المأذون في التجار

كتاب المساقاة

كتاب الإجارة

* * *